This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 735 005

HARVARD LAW LIBRARY

Received Nov 18 1920

Germany

Ernst Eck.
Wilhelmstr. 8.

DIE PERSON

DES

PIGNERATICISCH BERECHTIGTEN

UND DES

PIGNERATICISCH VERPFLICHTETEN

NACH RÖMISCHEM RECHT.

HABILITATIONS-SCHRIFT

DER

HOHEN JURISTENFAKULTÄT ZU TÜBINGEN

BEHUFS

ERLANGUNG DER VENIA LEGENDI

VORGELEGT VON

Dr. OTTO GEIB,
JUSTIZREFERENDÄR IN TÜBINGEN.

DRUCK VON
GEBRÜDER KRÖNER IN STUTTGART.
1884.

NOV 1 8 1920

Inhaltsangabe.

		Seite
§. 1.	**Vorbemerkungen**	5—13
§. 2.	**Die Person des pigneraticisch Berechtigten**	13—35
§. 3.	**Die Person des pigneraticisch Verpflichteten**	35—58

§. 1.

Vorbemerkungen.

Die Frage, wer pigneraticisch berechtigt und wer pigneraticisch verpflichtet sei, soll im folgenden mit Beschränkung auf die actio pigneraticia directa erörtert werden.

Dabei fassen wir aber ins Auge das Contractsverhältniss von der Zeit der Pfandgebung oder Pfandconstituirung an. Desshalb haben wir in erster Linie nicht davon zu handeln, wer Kläger und wer Beklagter bei der actio pigneraticia directa ist, denn zur Nativität der Klage sind weitere Erfordernisse als zum Contractsschluss und zwar verschiedene je nach ihrer Richtung auf Exhibition, Restitution, Herausgabe der Hyperocha u. s. f. nothwendig.

Die richtige Antwort auf unsere Frage scheint schwer zu verfehlen.

Soferne alles Pfandrecht von den Römern als vertragsmässiges — wenngleich mit Zuhilfenahme von Fictionen — aufgefasst wird [1]) und sich diese Auffassung immerhin im Einklang mit der historischen und dogmatischen Entwicklung befindet, kann man als Berechtigten und Verpflichteten Niemanden als die Contrahenten ansehen.

Wer ist nun „Contrahent“ in Ansehung der pigneraticischen Obligationen?

---

[1]) Brinz, Pand. 2. Aufl. I §. 76 Abs. 1 a. E. und S. 362. II, 2 §. 318 A. 6. 7. 9.

Verhängnissvoll bei der Beantwortung dieser Frage kann werden und ist geworden der Gedanke an die Realcontractsnatur des Pfandvertrags.

Vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus, wonach pigneraticische Verpflichtungen immer nur aus einem Realcontract erwachsen können, lautet zweifellos die Antwort: Berechtigt ist derjenige, qui rem pignori dat, körperlich hingibt oder verhypothecirt. Letzterenfalls besteht eben die datio in dem Erwerb einer actio in rem für den Pfandnehmer [2]). Verpflichtet ist derjenige, welchem der Besitz übertragen bezw. ein Pfandrecht bestellt worden ist.

Damit wäre aber die Person des pigneraticisch Berechtigten sowohl als die Person des pigneraticisch Verpflichteten ganz falsch bestimmt. Denn wie, wenn verhypothecirt, aber durch das pactum hypothecae keine actio in rem für den Pfandnehmer bewirkt worden ist? [3]) Hier ist weder körperliche Hingabe noch Uebertragung eines dinglichen Rechts, also überhaupt keine datio, aber doch actio pigneraticia directa da.

Vom Standpunkt des Civilrechts muss in der That ihr Dasein unbegreiflich bleiben.

Ohne datio sind civilrechtliche nur re contrahirbare obligationes pigneraticiae nicht denkbar. Aus einem rechtlich wirkungslosen pignori dare kann der Judex kein dare facere oportere ableiten.

Erklärt wird die Statthaftigkeit der actio pigneraticia directa auch beim Ausfall der dinglichen Wirkung des pactum hypothecae dadurch, dass der Prätor de pignore edicirt und eine ständige formula in factum concepta proponirt hat. Damit hat der Prätor die Contrahirung der pigneraticischen

---

[2]) Dies wird dadurch möglich, dass die römischen Juristen unter pignori dare nicht nur das Hingeben zum Pfand, sondern auch die nuda conventione erfolgte Pfandbestellung verstehen.

[3]) Windscheid, Pand. §. 381 A. 4.

Obligationen durch nuda conventio, m. a. W. er hat die nuda conventio als pactum praetorium anerkannt[4]).

Soferne die pigneraticischen Obligationen wirklich nuda conventione erzeugt werden können, müssen dieselben auch, wenn gleich zunächst als blosse Haftungen, datirt werden von der Contrahirung an.

Hieraus folgt insbesondere für unsere Frage nach den pigneraticisch obligirten Personen, dass dies die Contrahenten als solche sind. Gleichgiltig ist also, ob beim Verpfänder alle Bedingungen vorhanden sind dafür, dass er ein wirksames Pfandrecht bestellen kann, gleichgiltig ist es ferner, ob beim Pfandnehmer alle, um Pfandgläubiger zu werden, nothwendigen Voraussetzungen zutreffen.

Die Contrahenten des pigneraticischen Vertrags sind demnach einerseits weder der Schuldner noch der Eigenthümer, sondern allein der Verpfänder, welcher weder Schuldner noch Eigenthümer zu sein braucht. Er ist der Berechtigte.

Andererseits kann weder Pfandgläubiger noch gegenwärtiger Besitzer der Pfandsache, sondern allein der ursprüngliche Pfandnehmer als der Verpflichtete im contractus pigneraticius in Betracht kommen.

Nicht nur fast alle unsere Schriftsteller, sondern insbesondere auch die Quellen gehen meist von dem Normalfall aus. Als solchen kann man den Fall gelten lassen, in welchem Verpfänder, Eigenthümer und Schuldner einerseits dieselbe Person sind, und andererseits ursprünglicher Pfandnehmer, derzeitiger Besitzer der Pfandsache und Gläubiger gleichfalls eine und dieselbe Person sind.

Erinnern wir uns aber

1) dass man intercessionsweise (mit der Wirkung von dinglichem Pfandrecht und selbstverständlich auch von pigneraticischen Obligationen) für eine fremde Schuld verpfänden und

---

[4]) Auf die Begründung dieser Ansicht soll hier nicht eingetreten werden.

2) dass auch vom Nichteigenthümer, wenigstens mit der Wirkung persönlicher pigneraticischer Obligationen, ein contractus pigneraticius geschlossen werden kann; endlich

3) dass die pigneraticischen Obligationen ebensowenig wie von der Existenz eines Pfandrechtes (Ziff. 2) von dem Dasein eines Forderungsrechtes — einer Schuld, abhängig sind, und denken weiterhin an die mannigfachen Schicksale, welche während Bestehens der pigneraticischen Obligationen die res pignerata haben kann, ohne dass dadurch der contractus pigneraticius oder die etwa vorhandene rei obligatio afficirt würde, als da sind: Veräusserung der Pfandsache Seitens des Verpfänders oder Pfandnehmers, Usucapion derselben durch den gutgläubigen Dritten, Afterverpfändung von Seiten des Gläubigers u. s. w., so zeigt sich, ohne dass wir Fall für Fall zu exemplificiren brauchen, dass nicht nur Verpfänder, Eigenthümer, Schuldner, erster Pfandnehmer, derzeitiger Pfandbesitzer und Gläubiger sechs verschiedene Personen sein, sondern auch wohl einmal der Schuldner und der Gläubiger ganz fehlen können, oder doch nicht Pfandschuldner bezw. Pfandgläubiger zu sein brauchen; ebensowenig aber auch ein Eigenthümer oder gegenwärtiger Besitzer der Pfandsache (z. B. Untergang der res pignerata) zum Dasein der pigneraticischen Obligationen unabweislich erforderlich ist.

Dem Sprachgebrauch der Quellen etwas näher nachzugehen und die Verschiedenartigkeit der Terminologie unsrer Schriftsteller wenigstens zu constatiren, wird nicht zu umgehen sein.

Der pigneraticisch Berechtigte, der Kläger bei der a. pigneraticia, wird ganz stereotyp mit „debitor“ [5]) in den Quellen bezeichnet:

debitor potest pigneraticia actione uti [6]).

---

[5]) Vgl. Dirksen, manuale s. v. debitor §. 3. Puchta, Institutionen §. 246 Anm. d. Büchel, civilr. Er. Bd. 1 2. Aufl. S. 159.

[6]) L. 33 D. h. t. 13, 7.

... non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem [7]).

Die Beispiele liessen sich hier unendlich häufen; ein Blick ins Lexicon genügt, um sich von diesem Sprachgebrauch zu überzeugen.

Entsprechend wird von den Griechen [8]) der pigneraticisch Berechtigte durchweg ὁ χρεώστης (debitor) genannt.

Meist liegt unseren Quellenstellen ferner die Anschauung zu Grunde, dass der debitor auch Eigenthümer sei, mindestens dass der Pfandgeber Eigenthümer sei.

Desshalb heisst es z. B.

... Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit [9]).

... Si pignus locassem domino (= debitori) [10]);

... Si solverit debitor, liceret ei recipere rem suam [11]);

... Debitor vindicare potest [12]);

... Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem [13]);

... Creditor a debitore pignus recte emit [14]);

... Voluntate debitoris intellegitur pignus alienari [15]);

... Debitor, cujus pignus creditor distraxit [16]);

... Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit [17]) u. s. f.

Auch die Basiliken folgen hierin dem Sprachgebrauch im corpus juris z. B.

---

[7]) L. 4 C. h. t. 4, 24.

[8]) Basiliken z. B. XXV, 1 Heimb. tom. III pag. 51 sqq.

[9]) L. 40 D. h. t. 13, 7.

[10]) L. 37 D. eod. Umgekehrt wird debitor = dominus gebraucht in L. 63 §. 4 D. de dominio.

[11]) L. 13 pr. D. eod.

[12]) L. 13 pr. D. cit.

[13]) L. 35 §. 1 D. eod.

[14]) Vat. frag. §. 9.

[15]) Gaius, II, 64.

[16]) L. 3 §. 2 D. de transact. 2, 15.

[17]) L. 9 C. h. t. 4, 24 — cf. L. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5.

τὸ ἐνέχυρον τῆς δεσποτείας ἐστὶ τοῦ χρεώστου [18]).

Doch fehlt es nicht an genaueren Bezeichnungen der pigneraticisch berechtigten Person. Als Pfandgeber wird dieselbe in den nachgesetzten Stellen theils mit besonderer Hervorhebung, dass sie nicht Eigenthümer sein müsse, theils ohne ausdrücklich zugleich als debitor genannt zu sein, gedacht:

... Qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneraticia experiri [19]);

... Si praedo rem pignori dederit, competit ei ... pigneraticia actio [20]);

... Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneraticia agere [21]).

Ebenso genau sprechen hier die Basiliken:

... καὶ ὁ ὑποθέμενος ἀλλότριον κινεῖ τὴν περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγήν [22]).

... ὁ νομεὺς ἐνεχυράσας ἔχει ... τὴν περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγήν [23]).

... ὁ δεδωκὼς ἐνέχυρον ... κινεῖ τὴν περὶ τοῦ ἐνεχύρου ἀγωγήν [24]).

In Ansehung des pigneraticisch Verpflichteten gebrauchen die Quellen ebenso gewöhnlich wie für den Berechtigten „debitor", den Ausdruck „creditor" [25]). Nur wenige Stellen sollen zum Beleg angeführt werden.

---

[18]) Pignus in dominio est debitoris, Bas. XXV, 1, 51. Heimb. III. pag. 60.

[19]) L. 9 §. 4 D. h. t. 13, 7. vgl. ferner L. 9 pr., L. 11 §. 3, L. 16 §. 1, L. 20 §. 2, L. 36 § 1 D. eod.

[20]) L. 22 § 2 D. h. t.

[21]) L. 32 D. h. t.

[22]) Etiam is, qui rem alienam pignori dedit, pigneraticia agit. Heimb. III. p. 56 Bas. XXV, 1, 9 §. 4.

[23]) Praedo, qui rem pignori dedit, habet... pigneraticiam actionem. Bas. XXV, 1, 22 §. 2. Heimb. III. p. 62.

[24]) Qui pignus dedit ... pigneraticia actione experitur. Bas. XXV, 1, 11 § 2 (Heimb. III S. 57).

[25]) Vgl. Dirksen, Manuale s. v. creditor §. 3.

... Sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor, et fructuarius etc. [26]).

... Si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit [27]);

... Cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris jure etc. [28]).

... Creditor restituere debet [29]);

... Creditor ... ut superfluum ... restituat jure cogitur u. s. w. [30]).

Zu erinnern ist wohl auch an die ganz ständigen Bezeichnungen: „creditor prior“ [31]), „creditor posterior“ [32]), oder „creditor secundus“ [33]).

In den Basiliken steht durchgängig für creditor ὁ δανειστής [34]).

Als den gegenwärtigen Besitzer der Pfandsache scheinen sich andere Stellen den Beklagten bei der actio pigneraticia vorzustellen. So z. B., wenn gesagt wird:

... Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia [35]);

... Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur [36]).

Endlich fehlt es aber auch nicht an genaueren Bezeichnungen für die Person des pigneraticisch Verpflichteten. Er

---

[26]) L. 19 pr. D. de dam. inf. 39, 2. L. 27. L. 30 D. de nox. act. 9, 4.

[27]) Gaius, III, 200, 204.

[28]) Gaius, II, 60, 64, 220. III, 201. vgl. Paulus, Sent. II, 13 §. 3 sqq. L. 158 D. R. J. 50, 17.

[29]) L. 40 §. 2 D. h. t. vgl. auch L. 4 C. h. t. 4, 24.

[30]) L. 42 D. h. t. vgl. ferner L. 7 L. 14 L. 21 §. 3. L. 24 §. 2. §. 3 D. h. t. L. 3 C. h. t. 4, 24. L. 7 C. eod.

[31]) L. 2 D. qui pot. in pign.

[32]) L. 5. L. 6 §. 1 D. eod.

[33]) L. 2 D. qui pot. in pign. cit.

[34]) Vgl. das Buch de pigneraticia XXV, 1. Heimb. III. p. 51 sqq.

[35]) §. ult. J. quib. mod. re contrah. 3, 14.

[36]) L. 1 §. 6 D. de O. et A. 44, 7 (von Gaius).

wird häufig bezeichnet als creditor, qui pignus accepit [37]), zuweilen auch ganz correct schlechtweg als derjenige, qui rem pignori accepit oder als der pignus accipiens.

Entsprechend findet sich in den Basiliken häufig der Ausdruck ὁ λαβὼν ἐνέχυρον [38]), um die Person des pigneraticisch Verpflichteten zu bezeichnen. Dass dieser bequeme Sprachgebrauch jemals die Römer zu einer falschen Consequenz verführt habe, darf man nicht sagen. Höchstens bei der Motivirung der Culpapraestation im contractus pigneraticius wird vielleicht in nicht ganz befriedigender Weise fühlbar, dass die Römer vorwiegend nur immer den einen „Normalfall" im Auge haben, in welchem der „debitor" auch Eigenthümer und Pfandgeber ist. Sonst hätten sie nicht behauptet, dass das pignus utriusque gratia datur.

Auch unsere Schriftsteller bezeichnen bald den Schuldner [39]), bald den Eigenthümer [40]) als den pigneraticisch Berechtigten, und bald den Pfandbesitzer [41]), bald den Pfandgläubiger [42]) als Verpflichteten.

Der Umstand, dass in der That kein Pfandrecht denkbar ist ohne persönliche pigneraticische Obligationen, hat dazu geführt, auch die aus dem contractus pigneraticius berechtigten und verpflichteten Personen schlechtweg als Schuldner oder Pfandschuldner, Gläubiger oder Pfandgläubiger zu bezeichnen, wenngleich der die persönlichen Obligationen bewirkende Contract ganz unabhängig davon zu Stande kommt, ob durch das pactum hypothecae ein Pfandrecht constituirt worden ist oder nicht.

---

[37]) L. 34. L. 22 §. 1 D. h. t. 13, 7. L. 15 §. 2 D. qui satisd. cog. 2, 8.

[38]) Basiliken a. a. O. Heimb. III p. 51 sqq.

[39]) z. B. Mathias Knaus, die sog. Verträge zu Gunsten Dritter. Berl. 1875 S. 29.

[40]) Windscheid, Pand. I. §. 237 Ziff. 4: „Den Ueberschuss muss er dem Eigenthümer ... herausgeben".

[41]) Albert Schmid, Cession I. S. 71 ff., denn ihm ist die Hingabe stets das contrahirende factum.

[42]) Dernburg, Pfandr. I. 154: „Gerichtet werden kann die actio pigneraticia directa gegen den Pfandgläubiger und dessen Erben."

Auch wir unsererseits werden diese Bezeichnung, welche sich eingebürgert hat, und welche, sobald man sich darüber klar ist, dass sie nicht auf alle Fälle zutrifft, ganz ungefährlich ist, nicht vermeiden.

Vor allem aber wird es sich darum handeln, mit Vermeidung materieller Missverständnisse im Einzelnen zunächst die Person des pigneraticisch Berechtigten, sodann des pigneraticisch Verpflichteten ins Auge zu fassen.

---

§. 2.

Die Person des pigneraticisch Berechtigten.

a. Der pigneraticisch Berechtigte ist nicht der Pfandschuldner oder Schuldner.

Pfandschuldner ist nur Derjenige, für dessen Schuld ein Pfand bestellt worden ist. Da nun aber eine Pfandbestellung gar nicht zu Stande gekommen zu sein braucht, um die pigneraticische Berechtigung zu erlangen, so kann unmöglich der Pfandschuldner als solcher die aus dem contractus pigneraticius berechtigte Person sein.

Ebensowenig kann sie sein der Schuldner. Schon desshalb nicht, weil Pfandgeber und Schuldner nicht eine und dieselbe Person zu sein brauchen: dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena [1]).

Solchenfalls ist doch sicherlich der pigneraticisch Berechtigte weder Pfandschuldner noch überhaupt Schuldner, wesshalb auch davon keine Rede sein kann, dass er, wenn die res pignerata zufällig untergeht oder weniger werth ist als die Forderung des Pfandnehmers, wie der debitor persönlich zur

---

[1]) L. 5 §. 2 D. de pign. 20, 1.

Bezahlung der ganzen Forderung [2]) oder des Forderungsrestes [3]) verpflichtet wäre.

Freilich mag sich der Verpfänder für eine fremde Schuld nicht selten auch seinerseits persönlich verpflichten z. B. verbürgen. Auch solchenfalls ist aber immer noch zuzusehen, ob die Pfandhingabe nicht für die fremde Schuld erfolgt ist, so dass immerhin wahr bleibt, dass Verpfänder und Pfandschuldner nicht eine und dieselbe Person sind. Anders natürlich, wenn der Verpfänder das Pfand gegeben hat für seine eigene Bürgschaftsobligation („pro sua obligatione"). Dann sind Verpfänder und Pfandschuldner dieselbe Person. Das Pfandrecht dauert hier aber nur so lange als die Bürgschaft, und die pigneraticische Berechtigung resultirt selbstverständlich nicht aus der Debitor-, sondern der Verpfänderqualität des Bürgen.

Weiterhin ist überhaupt nicht erforderlich, dass ein Pfand hingegeben werde für einen Schuldner. Auch wenn gar kein Schuldner existirt, kann doch mit der Wirkung pigneraticischer Obligationen eine Sache pignorirt werden [4]).

L. 11 §. 2 D. h. t. 13, 7 von Ulpian beweist dies. Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero, pigneraticia actione tenebor et nulla solutione facta: idemque et si accepto lata sit pecunia, vel condicio defecit, ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est.

Im ersten Satz dieser Stelle ist leicht an den Fall gedacht, dass Jemand über den Empfang eines noch nicht ausbezahlten Darlehens quittirt und die Verpfändung in Erwartung des Darlehens vorgenommen hat. In diesem Fall wäre der Pfandnehmer „et nulla solutione facta" nur innerhalb zweier

---

[2]) L. 11 C. h. t. 4, 24. L. 25 C. de pign. 8, 13 (14).

[3]) L. 28 D. de reb. cred. 12, 1. L. 8 C. si certum petat. 4, 2, L. 10 C. de O. et A. 4, 10.

[4]) Zutreffendenfalls kann natürlich auch condicirt werden. Uns kommt es nur darauf an, zu constatiren, dass der Pfandnehmer zur Restitution mindestens auch pigneraticisch verpflichtet ist.

Jahre zur Restitution verpflichtet. Nach Ablauf von zwei Jahren kann der Verpfänder mit der actio pigneraticia directa die Restitution des Pfands nur verlangen, wenn er bezahlt hat, denn die exceptio non numeratae pecuniae hat er nicht mehr, auch wird er zum Gegenbeweis gegen die Urkunde nicht mehr zugelassen.

b. Der pigneraticisch Berechtigte ist nicht der Eigenthümer.

Voluntate domini kann ja auch eine fremde Sache mit der Wirkung giltigen Pfandrechts hingegeben werden [5]) und selbst ohne Ermächtigung hat doch die Hingabe einer res aliena zu Pfand die Wirkung pigneraticischer Obligationen [6]).

Vor allem kommt hier in Betracht die interessante Stelle von Ulpian L. 22 §. 2 D. h. t. 13, 7, die desshalb auch unverkürzt hierher gehört.

Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.

Hier ist gesagt, dass selbst ein praedo mit der Wirkung der actio pigneraticia directa eine res aliena zu Pfand geben kann.

Vorausgesetzt wird in der Stelle, dass der Pfandnehmer bona fide das Pfand empfangen hat (quod creditor bona fide possessor fuit) [7]).

Die Frage ist, ob der praedo auch auf Anrechnung der aus der Fruchtsache gewonnenen (bezw. auf Ablieferung der überschüssigen) Früchte u. s. f. klagen könne, da doch der praedo für seine Person, wenn er die fruchttragende Sache nicht verpfändet hätte, keinesfalls die Früchte erworben hätte,

---

[5]) L. 27 D. h. t. 13, 7. L. 5 §. 12 D. commodati 13, 6, vgl. auch L. 16. C. de pign. 8, 13 (14) und L. 1—8 C. si al. res. 8, 15 (16).

[6]) L. 9 §. 4, L. 11 §. 2 D. h. t. 13, 7, vgl. mit L. 1 §. 39, L. 31 §. 1 D. dep. 16, 3, L. 15, 16 D. commodati 13, 6.

[7]) Gl. zu L. 22 §. 2 D. h. t. cit. ad v. Proderit.

sondern der Eigenthümer jederzeit die noch existenten vindiciren und die consumirten Früchte condiciren hätte können.

Diese Frage wird bejaht. Competit ei et de fructibus pigneraticia actio . . . proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.

Der Zusammenhang der Stelle ist offenbar der, dass dem praedo die a. pign. nur zustehen soll, soferne ihm die bona fides des Pfandnehmers zu Gute kam.

Dass dies der Sinn der Stelle sei, wird sich herausstellen, sobald wir näher nachsehen, worin der Nutzen, welchen der praedo von des Creditors bona fides hat, besteht. Offenbar darin, dass der creditor in einer auf Herausgabe der Früchte gerichteten Rei Vindicatio oder einer auf Ersatz der consumirten Früchte gerichteten Condictio um seiner bona fides willen nicht der rechte Beklagte ist. Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum (L. 1 C. h. t.); der Pfandnehmer muss (zu Folge des zwischen ihm und dem Verpfänder bestehenden pigneraticischen Obligationsnexus) die percipirten Früchte auf seine Forderung in usuras et post in sortem (L. 2 C. de partu pign. 8, 24 [25]) imputiren. Er darf, soweit seine Forderung reicht, den Vermögenswerth der Früchte definitiv behalten und dadurch den debitor liberiren, ohne dem Eigenthümer zum Ersatz verpflichtet zu sein. Ganz anders, wenn sich der Pfandnehmer in bösem Glauben befindet. Solchenfalls würde der Gläubiger die Früchte nicht definitiv behalten, daher könnte auch keine Tilgung bezw. Verminderung seiner Forderung eintreten [8]).

Besonders beachtenswerth bei dieser Stelle ist nun aber, dass die Möglichkeit einer Klage des Eigenthümers gegen den Pfandnehmer sowohl als gegen den Verpfänder (abgesehen natürlich von der R. V.) ganz unerwähnt gelassen wird, vielmehr die Stelle mit dem materiell unbefriedigenden Resultat, dass der praedo aus der bona fides des Pfandnehmers Nutzen ziehe, abbricht.

---

[8]) L. 55 §. 2 D. de cond. indeb. 12, 6, L. 62 D. R. V. 6, 1.

Matter of course ist freilich, dass im Ergebniss dem Eigenthümer die Früchte gehören müssen. Aber der Jurist denkt entfernt nicht daran, dies einfach dadurch zu bewerkstelligen, dass er dem Eigenthümer die actio pigneraticia gegen den creditor zubilligte [9]).

Freilich ist daran kein Zweifel, dass dem bösgläubigen Verpfänder der gute Glaube seines Pfandnehmers nicht soweit nützen kann, dass er die mit der actio pigneraticia erlangten fructus nunmehr definitiv behalten könne. Vielmehr ist der praedo der rechte Beklagte für die rei vindicatio bezw. condictio des Eigenthümers so gut wie wenn er ohne Vermittlung des Pfandgläubigers selbst die Früchte gezogen hätte.

Aus L 12 §. 1 D. de pign. 20, 1 wissen wir ferner, dass der Eigenthümer gegen Verzicht auf seine rei vindicatio unter Umständen auch eine persönliche Klage gegen den liberirten Schuldner hat. Auch für den Fall, dass der Eigenthümer die rei vindicatio gar nicht anstellen kann (z. B. weil der Pfandgläubiger die Früchte bona fide consumirt und imputirt hatte) wird ihm doch eine persönliche Klage gegen den befreiten Schuldner zugebilligt werden müssen.

Von einer persönlichen Klage des Eigenthümers gegen den Pfandnehmer aber ist uns nirgends etwas gesagt.

An den Eigenthümer denkt man, weil er, soferne er nur veräusserungsfähig ist, seine Sachen durch die pignoris datio zweifellos rechtswirksam — wenn gleich möglicherweise quantitativ oder qualitativ beschränkt — verpfänden kann.

Aber daraus, dass der Eigenthümer in der Regel (vgl. übrigens das sogleich folgende) allein es ist, welcher mit Wirksamkeit das pactum hypothecae schliessen kann und aus dem weiteren Umstand, dass kein Pfandrecht ohne pigneraticische Obligationen denkbar ist, folgt doch noch keineswegs,

---

[9]) Wie Lenel nachgewiesen hat, sprach L. 22 §. 2 D. cit. ursprünglich von der fiduciа. Die Bedeutung der Stelle für die fiducia kann jedoch nicht in diesem Zusammenhang erörtert werden.

dass Niemand ausser dem Constituenten des Pfandrechts bezw. derzeitigen Eigenthümer der res pignerata der pigneraticisch Obligirte (Berechtigte) sein könne. Vielmehr zeigt sich die Selbständigkeit der pigneraticischen Obligationen von der rei obligatio recht deutlich, sobald die res pignerata in die Hände eines dritten Pfandeigenthümers (bezw. Besitzers) gekommen ist. Jetzt geht jede der beiden Obligationen ihren eigenen Weg.

Die rei obligatio haftet an der Sache, die pigneraticischen Obligationen dagegen haften weder an der Sache, noch an der rei obligatio.

Daher folgt letztere mit Rechtsnothwendigkeit der Pfandsache überallhin; jeder Erwerber hat keine freie, sondern immer nur eine obligirte res.

Die persönlichen pigneraticischen Obligationen theilen aber dieses Schicksal nicht mit der rei obligatio. Wie sie erwachsen sind aus der Pfandconvention als solcher, unabhängig davon, ob dadurch eine res obligirt worden ist oder nicht, so bestehen dieselben auch unter den Contrahenten fort, gleichviel ob nachträglich der pigneraticisch Berechtigte die res obligata weiterbegeben hat.

Der Eigenthümer ist zwar Constituent des dinglichen Pfandrechts und Inhaber der res pignerata, aber die pigneraticische Berechtigung ist keineswegs unzertrennlich gebunden an den Pfandrechtsbesteller oder derzeitigen Pfandeigenthümer.

Wenn so, dann wäre auch der publicianisch Berechtigte, als pigneraticisch berechtigt zu nennen, weil er mit der Wirkung eines relativen Pfandrechts, seine Sache zum Pfand geben kann [10]).

Ebensowenig ist darum auch der Emphyteuta oder Superficiar schon um desswillen persönlich gegen den Pfandnehmer berechtigt, weil die Pfandhingabe des praedium vectigale oder der superficies ein Pfandrecht erzeugt, und zwar jedenfalls

---

[10]) L. 18 D. de pign. 20, 1, L. 21 §. 1 D. eod.

auch an der Sache selbst, nicht nur an dem dinglichen Recht[11]).

Wie beim Sachenpfandrecht, so steht es entsprechend bei der Verpfändung von Forderungen, worunter wir im Zweifel und für die Regel auch das subpignus rechnen. Denn so wenig der Eigenthümer der res pignerata als solcher, ebenso wenig ist der Inhaber der Forderung als solcher pigneraticisch berechtigt.

Daher ist auch der nachträgliche Erwerb des Eigenthums von Seiten des Verpfänders ohne Einfluss auf die pigneraticischen Berechtigungen und Verpflichtungen, sondern lediglich auf die Convalescenz der rei obligatio, bezw. auf die Frage, ob der sog. anticipirende Pfandvertrag[12]) ein dingliches Pfandrecht erzeugt.

Selbst wenn gar kein Eigenthümer da ist, z. B. die verpfändete Sache nicht mehr existirt, bleibt doch möglicherweise in der Person des Verpfänders die pigneraticische Berechtigung bestehen.

Entgegen steht dem Gesagten nicht L. 27 D. eod. Dort ist zwar allerdings der Eigenthümer der Goldsache als der Restitutionsberechtigte bezeichnet, aber nicht direct dem Pfandnehmer, sondern nur dem Verpfänder gegenüber. Dass die Klage nicht die actio pigneraticia sein könne, bemerkt schon die Glosse „quia cum eo non contraxit (nisi fuerit cessa)"; vielmehr ist an eine a. mandati, commodati oder praescriptis verbis bei der „propria actio" zu denken.

Ebensowenig kann gegen die hier gewonnenen Resultate L. 50 D. de evict. 21, 2[13]) aufgeführt werden, wo zwar

---

[11]) Dies wird bewiesen durch L. 16 §. 2 D. h. t. 13, 7 etiam vectigale praedium pignori dari placuit, sed et superficiarium, vgl. ferner L. 31 D. de pign. 20, 1, L. 15 D. qui pot. 20, 4; ergibt sich aber auch aus allgemeinen Grundsätzen.

[12]) Wie ihn Dernburg Pfandr. I. S. 236 bezeichnet.

[13]) Dem Pfandgläubiger wird gegen den Executor die actio neg. gest. in L. 3 §. 8 D. de neg. gest. 3, 5 gegeben. Ganz mit Recht nicht die a. doli (wie Dernburg II. S. 253 f. annimmt), denn der Executor

allerdings dem Eigenthümer als solchem sogar gegen einen dritten Executor (nicht Pfandnehmer), der die Pfandsache verkauft hat, wenn er dolos dieselbe um einen ganz geringen Preis verschleudert hat, eine Klage zugebilligt wird. Aber die in Frage stehende Klage wird von Ulpian dort genau genug bezeichnet: „tunc de dolo actio datur adversus eos (die Executoren) domino rei.“

c. Pigneraticisch berechtigt ist vielmehr allein Derjenige, qui rem pignori dedit, gleichviel, ob er Schuldner oder Eigenthümer ist, und seine Erben [14]). Pigneraticisch berechtigt bleibt der Verpfänder auch, wenn er in Beziehung auf die Pfandbestellung sich in mala fide befindet (weiss, dass es eine res aliena ist, die er verpfändet oder malitiose in pignore versatus est) arg. L. 9 §. 4 L. 22 §. 2 D. h. t. 13, 7.

Daher hat die Beerbung des Verpfänders den Uebergang der pigneraticischen Ansprüche zur Folge ganz unabhängig davon, ob dadurch die rei obligatio, welche durch die Verpfändung des Erblassers nicht zu Stande gekommen ist, nachträglich in Kraft tritt oder nicht. Wie die pigneraticischen Obligationen entstehen für den Verpfänder ohne Rücksicht darauf, ob er Schuldner oder Eigenthümer ist, so gehen dieselben auch auf seine Erben über, wenn gleich diese weder Schuldner sind noch Eigenthümer der res pignerata.

Einige Modificationen erleidet unser Grundsatz, dass Niemand als allein der Verpfänder pigneraticisch berechtigt ist, durch die römischrechtlichen Grundsätze über Erwerb der Gewalthaber durch ihre Sklaven und Hauskinder [15]). Abgesehen davon gilt der aufgestellte Satz ohne Ausnahme. Insbesondere ist nie der Eigenthümer als solcher oder der Schuldner

---

besorgt zwar das Geschäft des creditor, nicht aber des dominus, vgl. Wlassak, neg. gest. S. 102. — Ueber die Execution „extra ordinem“, welche L. 50 D. cit. 21, 2 im Auge hat, vgl. Hefftter, Instit. des Civ. Proc. S. 549. Zimmern, Gesch. d. R. Pr. R. III. S. 268 Anm. 14.

[14]) L. 12 C. de pign. 8, 14. L. 2 C. si pign. pign. dat. 8, 24. Vgl. auch L. 1 C. de luit. pign. 8, 31 und L. 1 §. 36 D. dep. 16, 3.

[15]) Vgl. darüber Brinz, Pand. 2. Aufl. II, 2 S. 622 f.

als solcher pigneraticisch berechtigt. Wenn die Quellen auch diesen Personen eine persönliche Klage ähnlichen Inhalts wie die actio pigneraticia directa zubilligen, so geschieht dies — wie sich demnächst zeigen wird — nur beim Vorhandensein ganz besonderer Umstände, und die juristische Natur dieser Klage steht eben vorläufig noch in Frage.

Auch einen andern als nur allein Denjenigen, qui rem pignori dedit, als den pigneraticisch Berechtigten gelten zu lassen, wird vor allem durch den Gedanken an Stellvertretungsverhältnisse nahe gelegt.

Wenn ich meine Sache durch den X meinem Gläubiger Y zum Pfand geben lasse, so werden wir, entsprechend unserer modernen Auffassung von directer Stellvertretung, keinen Augenblick daran zweifeln, dass ich aus dieser Pfandhingabe der pigneraticisch Berechtigte bin, wie ja dadurch auch meine res obligirt worden ist.

Für das römische Recht liegt die Sache anders. Zwar schliessen die Römer, um eine rei obligatio zu Stande zu bringen eine Vermittlung durch Stellvertreter nicht aus[16]), wenn nur die Pfandhingabe voluntate domini[17]) geschieht oder der dominus dolos Nichtwissen der Verpfändung affectirt[18]); es genügt schon eine in rem versio[19]). Daher können auch Tutoren und Curatoren „lege non refragante“[20]) mit der Wirkung dinglichen Pfandrechts für den Pfandgläubiger Pupillarsachen verpfänden[21]).

Als pigneraticisch berechtigt gilt aber nicht Derjenige, dessen Sache obligirt wurde, sondern lediglich der Contrahent,

---

[16]) L. 16 pr. D. h. t. 13, 7 „tuendum erit“.

[17]) L. 20 pr. D. h. t. 13, 7.

[18]) L. 2 C. si aliena res 8, 16.

[19]) L. 1. 3 C. si aliena res 8, 16.

[20]) Nämlich mit hinzukommendem decretum de alienando. cf. tit. D. de rebus eorum 27, 9. L. 22 C. de adm. 5, 37. L. 3 C. si major factus alienationem 5, 74.

[21]) L. 11 §. 7. L. 12. L. 16 pr. D. h. t.

des Pfandvertrags, der rem pignori dans, der Vertreter, nicht der Vertretene [22]).

Nach moderner Auffassung kann die Pfandhingabe erfolgen mit der Wirkung directer pigneraticischer Berechtigung in der Person des dominus. Aber da dies nur zutreffend ist, soferne der dominus als Contrahent des Pfandvertrags, als Derjenige, qui rem pignori dedit, gilt, ist diese Rechtsentwicklung weit entfernt dem Grundsatz, wonach nur der Verpfänder pigneraticisch berechtigt ist, zu widersprechen.

Ein Bedürfniss nach einer Ausdehnung der actio pigneraticia directa vom Verpfänder auf andere Personen ist auch in der That nicht vorhanden.

Haben wir sub litt. a) und b) den Nachweis geliefert, dass Eigenthümer und Schuldner nie als solche pigneraticisch berechtigt sind, so erübrigt jetzt noch nachzuholen, auf welche Klagen diese Personen in Ansehung derjenigen Rechte, welche der Verpfänder mit der actio pigneraticia verfolgen kann und welche, soferne der Verpfänder diesen Personen regresspflichtig ist, im Resultat ihnen zu gute kommen müssen, angewiesen sind. Auch auf diesem Wege werden wir zu demselben Resultate gelangen, dass diesen Personen jedenfalls die actio pigneraticia nicht zusteht.

So lange nicht usucapirt worden ist (und die res pignerata noch existirt) hat der Eigenthümer selbstverständlich eine rei vindicatio und zwar (angenommen die Pignoration sei nicht voluntate domini erfolgt) nicht nur vor sondern auch

---

[22]) L. 11 §. 7 D. cit. Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit. quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare. Vgl. auch die folgende L. 12 D. h. t. — Beauftrage ich Jemanden seine eigene Sache zu verpfänden, so versteht sich von selbst, dass der Verpfänder, der solchenfalls seine eigene res obligirt hat, auch der pigneraticisch Berechtigte ist. Das interne Verhältniss zwischen ihm und mir ist nach Mandatsgrundsätzen geregelt, aber auch wenn der Verpfänder meine Sache zum Pfand gegeben hat, liegt es ebenso. Vgl. L. 5 §. 12 D. commodati 13, 6 ... si ego pro te rem pignori dedero tua voluntate, mandati erit actio.

nach der Distraction der Pfandsache[23]), da ja in solchem Falle der Verkäufer kein Pfandrecht ausübt und desshalb auch kein Eigenthum übertragen kann[24]).

Ist der Verpfänder dem Eigenthümer oder Schuldner regresspflichtig, so kann natürlich allgemeinen Grundsätzen zu Folge der Pfandnehmer, soferne er als negotiorum gestor des Verpfänders handelt, sich durch Restitution auch an den Gläubiger seines Gläubigers liberiren und ebenso kann zutreffendenfalls darin eine den Verpfänder, bezw. den Pfandverkäufer obligirende negotiorum gestio liegen, dass der Käufer die Hyperocha dem Eigenthümer oder Schuldner ausantwortet.

Dasselbe gilt, wenn die Verpfändung vorgenommen wurde in Erfüllung eines zwischen dem Eigenthümer bezw. Schuldner einerseits und dem Verpfänder andererseits bestehenden Contractsverhältnisses. Die actio mandati etc. etc., die dem Eigenthümer u. s. f. gegen den Verpfänder zusteht, kann hier natürlich auch auf Abtretung der actio pign. dir. gerichtet werden (L. 5 §. 12 D. comm. 13, 6).

Gegen den Käufer hat nicht einmal der Verpfänder direct eine Klage[25]), geschweige denn der Eigenthümer oder

---

[23]) Ist der Verkauf giltig, also in Ausübung eines Pfandrechts vorgenommen worden, dann kann von rei vindicatio keine Rede mehr sein, weil der distrahirende creditor auf den Käufer Eigenthum überträgt.

Schwierigkeit macht hier aber L. 13 pr. D. h. t. 13, 7. In dieser Stelle ist dem debitor (neben einer persönlichen Klage) eine rei vindicatio gegen den Käufer zugebilligt, wenn gleich der dort in Frage stehende Verkauf offenbar als rechtsgiltig angesehen werden muss. Zum Ueberfluss wird an anderer Stelle (Julian in L. 7 pr. D. 20, 5) ausdrücklich hervorgehoben, dass der distrahirende creditor seine Veräusserungsbefugniss nicht überschreite, wenn er sich die Wiederauflösung des Verkaufs vorbehalte.

Die Schwierigkeit wird beseitigt, wenn man nicht an einen suspensiv, sondern einen resolutiv bedingten Verkauf denkt.

[24]) L. 2 C. si vendito pignore agatur 8, 29 (30).

[25]) Er kann nur die Abtretung der a. venditi vom Verkäufer mit der a. pign. dir. verlangen (L. 24 §. 2 D. h. t. Ulpian). Liberiren

Schuldner. Also auch dann, wenn die letztgenannten Personen Verpfänder sind, können sie gegen den Käufer nur auf dem Umweg klagen, dass sie sich zuvor die actio venditi vom Verkäufer (creditor) cediren lassen, wozu dieser ihnen verpflichtet ist: (Julianus scripsit) pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem [26]).

Zwar wird in L. 13 pr. D. h. t. 13, 7 neben der dinglichen Klage dem debitor auch eine persönliche Klage (a. in factum) gegen den Käufer zugebilligt [27]). Aber dass diese Klage jedenfalls nicht die pigneraticia sein könne, ergibt sich schon daraus, dass selbst dem Verpfänder eine directe Klage gegen den Käufer aus dem Pfandcontract nicht zusteht. Vorausgesetzt wird in L. 13 pr. D. cit., dass der Pfandnehmer beim Verkauf der Pfandsache dem debitor (in der Stelle ist angenommen, dass der debitor zugleich Verpfänder sei, aber es ist dies nicht nothwendig) die Wiedereinlösung vorbehalten habe „si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam.“ Es liegt also vor ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Zunächst fragt sich, ob ein Ver-

---

freilich von seiner Verpflichtung zur Herausgabe der Hyperocha kann sich der Verkäufer niemals von sich aus durch Verweisung des Verpfänders auf den Käufer: „nec audiendus erit, si velit emptorem delegere, cum in venditione quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat“ (Papinian in L. 42 D. h. t. 13, 7). Andererseits ist aber auch der Verkäufer nicht verpflichtet, bevor er das pretium vereinnahmt hat, aus eigenen Mitteln im Voraus dem Verpfänder das wahrscheinliche Superfluum auszubezahlen (L. 24 §. 2 D. cit.). — Dass übrigens unter Umständen, nämlich wenn er dolos mit der Beitreibung des pretium zögert u. s. w., der Verkäufer auch gezwungen werden kann, aus eigenen Mitteln die Hyperocha auszuzahlen, sollte nicht bezweifelt werden, wenn auch keine Veranlassung da ist, L. 42 cit. von diesem Fall zu verstehen, wie z. B. geschieht von den Bas. XXV. 1, 41 (Heimb. III p. 65) und Glück. 14 S. 129.

[26]) L. 13 pr. D. h. t. vgl. mit L. 24 §. 2 D. eod.

[27]) Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.

kauf mit beigefügter Wiederauflösungsclausel nicht die Distractionsbefugniss des Pfandnehmers überschreite und desshalb null sei. Julian verneint dies mit Recht und sagt: recte distractum esse pignus[28]). Wie für sich selbst[29]) konnte der verkaufende creditor auch für einen Dritten die Wiederauflösung der Verkaufs vorbehalten, und soferne er an dem Inhalt dieses Vorbehalts selbst interessirt ist, war zweifellos der Vertrag giltig; freilich nur für die Contrahenten bindend und berechtigend.

Inwieweit auch für den Dritten aus solchem Vertrage Rechte abgeleitet werden können, und welcher Art diese Rechte sind, haben wir noch zu besprechen.

Ulpian in L. 13 pr. D. cit. gibt dem Dritten eine actio in factum (über die rei vindicatio vgl. oben Anm. 23) direct gegen den Käufer. Anders Marcian in L. 7 pr. D. de distr. pign. 20, 5, der die Frage übrigens von vornherein nur in der Form aufwirft, ob, wenn der creditor ein Pfand verkauft hat unter dem Vorbehalt, dass ihm (dem verkaufenden creditor) die Wiedereinlösung des Pfandes gegen Rückzahlung des Geldes gestattet sein solle, auch der debitor zur Einlösung des Pfandes berechtigt sei? Selbstverständlich beantwortet Julian die so gestellte Frage dahin: dass der Schuldner nur gegen den creditor auf Cession seiner Klage gegen den Käufer klagen könne „ceterum agi posse cum creditore, ut si quas actiones habeat, eas cedat debitori.“ Noch in L. 13 pr. cit., wo die Wiederauflösung vom creditor für den debitor vorbehalten wird, hält Julian an der älteren Auffassung fest:[30]) „scripsit Julianus et est rescriptum ob

---

[28]) L. 7 pr. D. de distr. pign.

[29]) So in L. 7 pr. D. cit. 20, 5.

[30]) Der Fortschritt ist, dass Julian solchen Vertrag, in welchem das Wiedereinlösungsrecht einem Dritten (nicht dem Verkäufer, sondern dem debitor etc.) vorbehalten wird, für giltig erklärt, wogegen L. 7 pr. D. de dist. pign. noch von der Vorstellung beherrscht ist, als müsse jedenfalls es der Verkäufer sein, der sich die Auflösung des Verkaufs ausbedinge.

hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem."

Der letzte Schritt ist gethan von Ulpian, der aus dem zwischen Verkäufer und Käufer geschlossenen pactum eine persönliche Klage zur Entstehung kommen lässt (eine „actio in factum") anstellbar vom debitor (bezw. jedem Dritten, dem das Wiederauflösungsrecht vorbehalten worden ist) direct gegen den Käufer[31]).

Dass hierin eine der mehrfachen schon im Römischen Recht hervorbrechenden Ausnahmen von dem Satze, dass der Vertrag nur den Contrahenten eine Klage verleiht, liegt, ist längst anerkannt worden[32]). Schrankenlos ist übrigens solche Vertragsberedung nicht zulässig, sondern nur in soweit, als der contrahirende Verkäufer selbst an der Erfüllung der Wiederauflösungspflicht von Seiten des Käufers interessirt ist. In L. 13 pr. D. cit. ist nun dies offenbar der Fall. Denn die Beifügung des Einlösungsrechts für den debitor hat natürlich die Höhe des Kaufpreises reducirt und insofern den Verkäufer dem Verpfänder verantwortlich gemacht. „Die vom Käufer . . . übernommene Verpflichtung dem Pfandeigenthümer die Wiedereinlösung zu gestatten" ist, wie sich Gareis[33]) ausdrückt, ein „Aequivalent gegenüber dem entsprechend herabgeminderten Kaufpreis." — Aber es ist nicht der einzige Fall, in welchem ein eigenes Interesse des Verkäufers bei dem Wiedereinlösungsvorbehalt vorhanden ist, dass der „creditor" dem „debitor" für die Erzielung eines möglichst hohen Kaufpreises verantwortlich ist. Es lassen sich beliebig andere Regresspflichten des Verkäufers[34]), wohl auch dritten Personen gegenüber, die nicht Schuldner, Eigenthümer oder Verpfänder sind, denken und insofern darf doch auch von der Möglichkeit einer Wiedereinlösungsclausel zu Gunsten

[31]) Vgl. Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter, Würzburg 1873. S. 53, 214.

[32]) Vgl. auch Dernburg, Pfandr. II. S. 235.

[33]) Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter S. 219.

[34]) L. 8 §. 3 D. mandati 17. 1.

dieser Personen mit der Wirkung von actiones in factum[35]) für dieselben gegen den Käufer die Rede sein; mindestens ist nicht sowohl der Eigenthümer, als vielmehr Verpfänder und Schuldner als in erster Linie in Betracht kommend zu nennen.

In Ansehung der rechtlichen Natur dieser actio in factum leitet die Genesis derselben von selbst zum richtigen Gesichtspunkt. Sie ist nichts anderes als die a. venditi des Verkäufers, deren Cession nicht zu fingiren ist, sondern die kraft gesetzlichen Forderungsübergangs auf den Dritten gekommen ist[36]), sie ist nicht actio negotiorum gestorum, steht desshalb auch nirgends im Gegensatz zu der nicht ohne Cession zulässigen a. venditi, wie Schmid[37]), annimmt, sondern ist vielmehr mit ihr identisch. Nur wird jetzt (seit Ulpian) der Umweg einer Cession vermieden.

Den Nichtverpfänder (Eigenthümer, Schuldner) mit einer utilis pigneraticia actio, die natürlich gegen den Pfandnehmer gerichtet sein müsste, direct auszustatten, ist — wie wir sahen — nirgends juristisch möglich; es liegt auch zum Versuch solcher Construction überall keine Veranlassung vor[38]).

In einer Reihe von Fällen freilich ist nicht zu leugnen, dass das dringendste Bedürfniss vorhanden sei, auch den

---

[35]) Solchenfalls ist selbstverständlich von einer rei vindicatio keine Rede (L. 13 pr. D. h. t. 13, 7). Windscheid, §. 316 Anm. 8 beschränkt die a. in fact. auf den Eigenthümer.

[36]) Vgl. Regelsberger, Zwei Beitr. zur Lehre v. d. Cession im Archiv f. civ. Praxis Bd. 63 (1880) S. 158 ff.

[37]) Cession I. S. 462 f.

[38]) Die Illaten des Aftermiethers sind nicht nur dem sublocator, sondern auch dem ersten locator auf Höhe des vom Aftermiether an den sublocator geschuldeten Betrags stillschweigend verpfändet. Dass daher der Aftermiether nicht nur dem sublocator gegenüber pigneraticisch berechtigt ist (woran L. 11 §. 5 D. h. t. 13, 7 bei den Worten: pigneraticia adversus te potero experiri, denkt), sondern ebenso auch gegenüber dem ersten Vermiether, ist nicht geeignet, Zweifel an der Richtigkeit des im Text Gesagten zu erwecken. Zu L. 11 §. 5 D. h. t. cit. vgl. Dernburg, Pfandr. I. S. 306 f.

Eigenthümer als solchen mit einer persönlichen Klage auf Ersatz des Kaufpreises auszustatten. Auch hier stehen wir vollständig jenseits der actio pigneraticia directa, wie sich alsbald zeigen wird. Zunächst müssen aber die Fälle, an welche hier gedacht wird, des Näheren bezeichnet werden.

Man denke daran, dass der Pfandnehmer einer res aliena dieselbe verkauft und der Käufer usucapirt hat oder die Sache untergegangen ist.

In solchen Fällen kann der Eigenthümer nicht mehr vindiciren. Ist er desshalb schutzlos? — Oder: Der Eigenthümer will den Verkauf gelten lassen, er zieht es vor, die Sache dem Käufer zu belassen. Leicht mag er dies thun in Schenkungsabsicht gegen den Käufer und wahrscheinlicher noch gegen den debitor, der dadurch, dass sein creditor das vereinnahmte pretium behalten kann und desshalb auf seine Forderung imputiren muss, von seiner Schuld liberirt worden ist. Aber wie, wenn der animus donandi fehlt?

In Fällen der angeführten Art lässt sich von vornherein jedenfalls nicht denken an einen persönlichen Anspruch gegen Denjenigen, der materiell das Recht des Eigenthümers verletzt hat; also etwa den Usucapienten, durch dessen Ersitzung das dingliche Recht des Eigenthümers in Wegfall kam. Soferne dieser nunmehr an Stelle einer evincirbaren Sache eine unevincirbare hat, ist er ja allerdings reicher geworden, aber es wäre doch widersinnig den Käufer zwar usucapiren zu lassen und demnächst doch wieder dem Eigenthümer zu gestatten mit einer condictio gegen ihn vorzugehen, oder gar dem Eigenthümer die Wahl zwischen Vindication und Condiction gegen eine und dieselbe Person zu lassen. Wozu mit der einen Hand geben, was mit der andern alsbald wieder genommen werden soll? [39]).

[39]) Vgl. Ihering, i. s. Jahrb. Bd. 16 (1878) S. 272 ff. „Es ist wohl noch Niemand darauf gekommen, zu behaupten, dass der frühere Eigenthümer den jetzigen, der durch Usucapion der Sache an seine Stelle getreten ist, auf Bereicherung in Anspruch nehmen könne . . .“ Vgl. auch ebendaselbst S. 240.

Was den Pfandnehmer betrifft, so hat dieser das Recht des Eigenthümers durch den Verkauf objektiv keineswegs verletzt. Der Eigenthümer behält ja seine rei vindicatio, die nurmehr gegen eine andere Person zu richten ist[40]; auf das pretium in Sonderheit hat der Eigenthümer, mag er gleich auf seine rei vindicatio verzichten, gegen den Verkäufer aus keinem denkbaren Grund einen Anspruch. Denn sobald der Eigenthümer nicht evincirt, sondern auf seine rei vindicatio verzichtet, verbleibt das pretium definitiv dem Verkäufer und dient mit rechtlicher Nothwendigkeit zur Befriedigung seiner Forderung; aber auch wenn der Eigenthümer evincirt, bleibt das pretium beim Verkäufer, es sei denn, dass dieser ausdrücklich die Haftung für Eviction übernommen hat, welchenfalls das pretium wiederum nicht an den Eigenthümer, sondern selbstverständlich an den Käufer gelangt.

Wenn trotzdem offenbar der Eigenthümer bezw. — soferne wir an Usucapion, Untergang der res pignerata u. s. w. denken — der ehemalige Eigenthümer, nicht ohne allen Schutz gelassen werden kann, so bleibt einzig der debitor, der Schuldner (nicht der Verpfänder)[41] übrig, an den er sich halten muss.

Damit zeigt sich denn auch hier, dass weit gefehlt wäre, wenn man dem Eigenthümer, wie einem pigneraticisch Berechtigten, eine Klage direct gegen den Pfandnehmer bezw. die cedirte actio venditi gegen den Käufer zubilligen wollte. Diese Fiction würde überdies auch schwerlich zum Ziele führen; soferne z. B. der pigneraticisch Berechtigte durch zufälligen Untergang der res pignerata seinen Restitutionsanspruch verliert[42], wäre dem (ehemaligen) Eigenthümer

---

[40]) Ist die rei vindicatio untergegangen, so hat diesen Untergang jedenfalls nie die Pfanddistraction zur Folge gehabt, von der ja hier allenthalben vorausgesetzt wird, dass sie nicht in Ausübung von Pfandrecht, folgeweise nicht mit eigenthumsübertragender Wirkung geschieht.

[41]) In der Literatur wird hier mit Unrecht der Verpfänder häufig als Beklagter genannt vgl. Dernburg, Windscheid u. s. f.

[42]) L. 9 C. de pign. act. 4, 24.

mit der solchenfalls inhaltlosen actio pigneraticia directa an Stelle der verloren gegangenen rei vindicatio schlecht genug gedient[43]).

Dem Ausgeführten entspricht es vollständig, wenn Tryphonin in L. 12 §. 1 D. de distr. pign. 20, 5 den Eigenthümer, si necdum pignus evictum est, mit seinem Anspruch auf Ersatz des seinem Vermögen entflossenen Kaufpreises, an den debitor verweist, dem dieses pretium zu Gute gekommen ist. Zu Gute gekommen in doppeltem Betracht: einmal soferne „quantum ad creditorem" jetzt der debitor liberirt ist, da das pretium definitiv beim creditor verblieben ist; zweitens soferne der debitor dem Käufer gegenüber, der im Fall der Eviction[44]) nicht allein, woran Ulpian denkt, die cedirte actio pigneraticia contraria[45]), sondern richtiger

---

[43]) Dass der Eigenthümer geeignetenfalls, wenn ihm der Verpfänder von Haus aus oder durch die Verpfändung regresspflichtig ist, die Cession der a. pign. dir. gegen den Pfandnehmer und weiterhin von letzterem wieder die Cession der actio venditi gegen den Käufer verlangen könne, versteht sich von selbst. Freilich wird in vielen Fällen auch der Eigenthümer oder Schuldner, zu dessen Gunsten (Lasten) ein Dritter die Verpfändung vorgenommen hat, vom Verpfänder belangbar sein mit der actio mandati, negotiorum gestorum contraria u. s. f. auf Liberation (z. B. wenn der Schuldner mit Bezahlung seiner Schuld ungerechtfertigterweise zögert. — Wie lange? ist aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen L. 38 D. mandati 17, 1) oder (nämlich nach der Distraction) auf Ersatzleistung.

[44]) Denn der verkaufende creditor haftet — ohne sich ausdrücklich für diesen Fall zu obligiren — nicht für Entwehrung.

[45]) Es ist sehr interessant diese verschiedenen theoretischen Versuche der Römer, für den Käufer im Fall der Eviction eine Klage gegen den wahren Ersatzpflichtigen (und dieser ist unzweifelhaft der debitor, weil er dem nicht für Eviction haftenden creditor gegenüber liberirt worden ist) ausfindig zu machen, einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Betrachten wir zunächst die Construction von Ulpian, welcher in L. 38 D. de evictionibus 21, 2 sagt: In creditore, qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem ... Et magis est, ut praestet.

An dieser Entscheidung fällt vor allem ein Doppeltes auf: einmal

gedacht eine directe Klage — sei es actio negotiorum gestorum contraria (Tryphonin)[46]) oder actio emti utilis (Hermogenian)[47]) — gegen den debitor hat, von aller Verant-

---

dass Ulpian davon ausgeht, dass debitor und Verpfänder eine und dieselbe Person sind. Die cedirte a. pign. contraria kann doch nur gegen den Verpfänder angestellt werden. Wie ist es, wenn der Schuldner, nicht Verpfänder ist? Die Klage muss doch gegen den Schuldner gehen; wesshalb der Verpfänder im Falle der Eviction ersatzpflichtig sein soll, ist gar nicht einzusehen. Weiterhin fällt aber auf, dass doch die a. pign. contraria, auf welche der Käufer verwiesen wird, ganz und gar inhaltslos ist. Was soll mit dieser Klage noch verlangt werden können, nachdem das pignus verkauft und das pretium auf die Forderung des Gläubigers imputirt worden ist? Schon die Glosse hat dies bemerkt ad h. l. „mirabile est, quod dedit pigneraticiam contrariam actionem, cum ea cedenti sit inutilis". Regelsberger sagt u. A. auch mit Bezug auf diese Ulpian'sche Construction im Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 S. 158 ff.: „Das sind freilich gewagte Constructionen und gewundene Wege ... sie sind gesucht im Dienste der Gerechtigkeit um den wahren Ersatzpflichtigen zu fassen." Beizufügen ist, dass Ulpian auf eine Klage verweist, die nicht principiell gegen den wahren Ersatzpflichtigen (debitor) geht. — Vgl. v. Moreau, über Haft. wegen Eviction S. 51 f., der aber ohne Grund glaubt, dass der Käufer in erster Linie gegen den Verpfänder klagen könne.

[46]) Die Mängel der Ulpian'schen Construction sind vermieden von Tryphonin, der in L. 12 §. 1 D. cit. 20, 5 den Käufer, post evictionem, an den debitor verweist, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat (vgl. dazu L. 17 §. 4 D. de instit. a. 14, 3) und damit nicht undeutlich zu verstehen gibt, dass er die actio negotiorum gestorum contraria (oder doch directa? so dass gestor der Käufer wäre) im Auge habe. Die Liberation des debitor erfolgt freilich als Folge einer Zahlung, die der Käufer in Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit (ex emto) an den creditor gemacht hat, aber dass auch in solchen Fällen noch von actio negotiorum gestorum gesprochen wird, ist anerkannt, vgl. z. B. Chambon, neg. gest. S. 145.

[47]) Am kühnsten ist die Ansicht von Hermogenian, der in L. 74 §. 1 D. de evict. 21, 2 den Käufer auf eine actio ex emto contra eum qui pretio liberatus est verweist. Mit aller wünschenswerthen Deutlichkeit ist hier die Person des Ersatzpflichtigen richtig bezeichnet und ebenso der Umfang, in welchem derselbe beklagt werden kann: non quanti interest sed de pretio dumtaxat ejusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non

wortlichkeit für Entwehrung befreit worden ist. Dass aber der debitor sowohl dem creditor als dem emptor gegenüber liberirt worden ist, verdankt er einzig und allein dem Umstande, dass der dominus entweder nicht vindiciren konnte oder unterlassen hat zu evinciren. Daher sagt Tryphonin: debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat (L. 17 §. 4 D. 14, 3).

In beiden Fällen, also gleichviel ob die rei vindicatio gar nicht mehr möglich war, oder ob der Eigenthümer auf dieselbe verzichtete und letzterenfalls wiederum ohne Rücksicht darauf, ob er die negotia des Schuldners geriren wollte oder nicht, muss dem Eigenthümer eine Klage gegen den Schuldner zustehen; denn das in Wahrheit und materiell den Schuldner verpflichtende Ereigniss ist überall nicht die gestio, sondern die Bereicherung, welche — um uns eines Ausdrucks Iherings zu bedienen — am richtigsten als eine vom Willen des dominus unabhängige Reflexwirkung der unterbliebenen Eviction bezeichnet wird. Will man trotzdem diese „utilis actio“ aus dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio begreifen, so mag man dies arg. L. 49 (48) D. de neg. gest. 3,5; L. 23 D. de R. C. 12, 1; L. 30 pr. D. de a. e. 19, 1, immerhin thun, zumal in L. 3 C. de rei vindicatione 3, 32

---

habebat necesse. Auch die a. neg. gest. Tryphonin's und die a. pign. contr. cessa Ulpian's umfassen nicht das ganze Interesse des Käufers; etwa gerade entgegengesetzter Ansicht ist v. Moreau, über Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache. Diss. München 1878, wenn er S. 47 sagt: „Die letzte Stufe bildete der Weg Ulpian's, wonach der Verpfänder auf das volle Interesse (?) des Käufers in Anspruch genommen wird.“ — Auch v. Moreau denkt aber an a. neg. gest. contraria (S. 17) bei der von Tryphonin proponirten Klage. — Wir heutzutage werden wohl auch an der Möglichkeit nicht zu zweifeln haben, dass aus dem Kaufcontract direct für den nichtverkaufenden debitor Verpflichtungen entstehen können — mit den Mitteln des röm. Contractssystems lässt sich aber eine a. emti für den Käufer gegen den debitor nicht construiren. So wird es bei Tryphonin's a. neg gest. contraria sein Bewenden haben müssen, wogegen materiell Hermogenian's Ansicht die offenste und gerechteste ist.

(vom Jahr 222) in einem ähnlichen Fall der Eigenthümer bezw. ehemalige Eigenthümer ohne Scrupel auf die actio negotiorum gestorum verwiesen wird.

Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere jure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti vel alio modo proprietatem ejus amisisti adversus emtorem quidem nullam habes actionem adversus venditricem vero de pretio negotiorum gestorum exercere non prohiberis.

Mit Unrecht ist aus den Worten „si necdum pignus evictum est" unserer citirten L. 12 §. 1 D. 20, 5 darauf geschlossen worden, dass der Verpfänder als malae fidei possessor vorausgesetzt werde[48]). Die Klage des Eigenthümers gegen den Debitor(=Verpfänder), folgert man weiter, sei eine rei vindicatio, die er gegen den Verpfänder, qui dolo desiit possidere, als fictus possessor ebenso gut wie gegen den wirklichen Besitzer anstellen könne. In Wahrheit enthält aber unsere Stelle weit und breit keine Andeutung darauf, dass sie einen malae fidei possessor im Auge habe; wie soll insbesondere die „utilis actio" rei vindicatio sein, da sie ja doch nach der Eviction auch dem Käufer zusteht!

Bleiben wir sonach bei der negotiorum gestio stehen, so fragt sich schliesslich, wer denn gestor ist: der Eigenthümer oder der Schuldner? An letzteren zu denken hat dann Sinn, wenn er zugleich Verpfänder ist, sonst nicht. Der Eigenthümer mag dann immerhin die durch den debitor vorgenommene Verpfändung seiner Sache genehmigen; ja es lassen sich Fälle denken, wo solche Verpfändung den Eigenthümer in der That als ein utiliter gestum obligirt. Unsere „utilis actio" wäre dann mit Windscheid[49]) zu charakteri-

---

[48]) Witte, Bereicherungsklagen S. 330.

[49]) Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung S. 9.

siren als actio negotiorum gestorum directa, gerichtet gegen den Verpfänder auf Herausgabe Alles dessen, quidquid ex his negotiis retinet. Dieser Gesichtspunkt mag in concreto wohl einmal zutreffend sein, principiell scheint er um desswillen nicht zutreffend, weil man von demselben aus nicht in allen Fällen zum richtigen Beklagten gelangt. Der wahre Ersatzpflichtige dem Eigenthümer gegenüber ist aber, wie schon mehrfach hervorgehoben worden ist, nicht der Verpfänder, sondern der Schuldner. Desshalb wird man doch am Ende mit Dernburg [50]) bei der actio negotiorum gestorum contraria stehen bleiben müssen, mindestens für die Regel, so dass also der Eigenthümer, soferne er unterlässt zu evinciren, als gestor des debitor erscheint.

Das künstliche auch dieser Construction soll nicht geleugnet werden. Man fühlt wohl, dass wir es hier eigentlich mit einer Condiction zu thun haben, die aber einem hergebrachten Schema sich nicht fügen will und für die es, wie Pernice bekennt, „weder der römischen noch bis jetzt der modernen Rechtswissenschaft gelungen ist, ein zulängliches Princip aufzustellen“ [51]).

Alles zusammengenommen ergibt sich aus dem über die Person des pigneraticisch Berechtigten Gesagten, dass, sobald wir nicht den Verpfänder, sondern beispielsweise den Eigenthümer oder den Schuldner mit persönlichen Klagen ähnlichen Inhalts, wie derjenige der actio pigneraticia directa ist, ausgestattet sehen, mit Sicherheit auf die von der a. pign. dir. verschiedene Natur solcher Klagen geschlossen werden kann.

Der Eigenthümer insbesondere ist (abgesehen von cedirten Klagen) mit seinen auf Restitution der Pfandsache bezw. Herausgabe des Kaufpreises oder Uebererlöses gerichteten Ansprüchen beschränkt auf den Verpfänder, soferne ihm dieser regresspflichtig ist, oder soferne der Verpfänder durch

---

[50]) Pfandr. II. S. 195.

[51]) Labeo I. S. 419.

die Pfandhingabe dolo desiit possidere; auf den Schuldner, soferne der Eigenthümer dessen negotia gerirt hat, endlich auf den dermaligen Pfandbesitzer, soferne dieser facultatem restituendi hat.

---

§. 3.

Die Person des pigneraticisch Verpflichteten.

a. Der pigneraticisch Verpflichtete ist nicht der Pfandgläubiger oder Gläubiger.

Die Qualität als Pfandgläubiger setzt voraus, dass ein Pfandrecht existent geworden ist. Hievon sind aber, wie schon mehrfach gezeigt worden und allgemein anerkannt ist, die pigneraticischen Obligationen nicht abhängig.

Unsrer modernen Auffassung von Stellvertretung liegt die Constellation, dass der Gläubiger nicht Pfandgläubiger und doch pigneraticisch verpflichtet sein kann, vor allem, dass der pigneraticisch Verpflichtete, wenn gleich die pignoris datio für eine und nur nicht für seine Forderung erfolgt ist, weder Gläubiger noch (natürlich) Pfandgläubiger möglicherweise ist, ferner als dem römischen Recht. Im Verlauf der folgenden Darstellung wird sich jedoch alsbald zeigen, dass alle diese Fälle, auch nachdem wir den Erwerb der rei obligatio durch Stellvertreter schrankenlos zugelassen haben, noch bei uns täglich vorkommen mögen. Vor allem instructiv ist es aber an dieser Stelle, wenn wir an den Mangel directer Stellvertretung im Römischen Recht uns erinnern.

In L. 11 §. 6 §. 7 D. h. t. 13, 7 prüft Ulpian den Einfluss zweier Fundamentalsätze des römischen Stellvertretungsrechts auf den Erwerb des Pfandrechts und der pigneraticischen Obligationen.

Diese Sätze sind 1.) per procuratorem non acquirimus

actionem, und 2.) per liberam personam possessionem acquirere possumus.

Hieher gehört der erste Satz. Aus demselben folgert Ulpian, dass per procuratorem vel tutorem pignoris obligatio nobis (plerumque bezw. semper ist wegen L. 2 C. per quas pers. 4, 27 interpolirt) non acquiritur.

Der Vertreter muss sowohl Pfandrecht als Forderung zunächst für sich erwerben; demnächst kann er beides dem Repräsentirten cediren.

Aber wie, wenn der Vertreter bereits Inhaber der Forderung ist? Welche Wirkungen hat dann die Entgegennahme eines Pfands für diese Forderung von Seiten eines Vertreters? Dann kommt offenbar überhaupt kein Pfandrecht zu Stand, denn was beabsichtigt war: ein Pfandrecht für den vertretenen Forderungsberechtigten, scheitert an der Rechtsregel, ut alter suo nomine recte agat contrahere non possumus; ein Pfandrecht für den Vertreter dagegen ist im Zweifel gar nicht gewollt, und wenn gewollt, kommt es in der Person des Repräsentanten, weil derselbe nicht Inhaber der Forderung ist, welche sicher gestellt werden soll, nicht zu Stande.

Ganz unabhängig aber davon, ob der Vertreter Gläubiger ist und ob er also durch die Pfandannahme Pfandgläubiger geworden ist, macht ihn die Acceptation der pignoris datio pigneraticisch verpflichtet.

Die Vertreter (qui rem pignori acceperunt) haften mit der actio pigneraticia directa [1]), wenn gleich nirgends ein Pfandgläubiger vorhanden und der pigneraticisch Verpflichtete nicht der Gläubiger ist [2]).

Eine Neuerung enthält L. 2 (3) C. per quas person. 4, 27. In dieser Constitution geht Justinian von dem Bestreben aus, den durch Stellvertreter vermittelten Erwerb der acces-

---

[1]) Ipsi actione pigneraticia convenientur.

[2]) Actio pigneraticia institoria ist zulässig, wie aus L. 5 §. 15 D. de instit. act. 14, 3 hervorgeht.

sorischen rei obligatio gleich zu gestalten mit dem stellvertretungsweisen Erwerb der principalen Darlehensobligation.

Wie die condictio ex mutuo Demjenigen, auf dessen Namen das Darlehen gegeben worden war, zusteht, so soll nunmehr nach Justinians Verordnung, auch durch einen Vertreter, welcher ein Pfand entgegennahm, eine rei obligatio für den Vertretenen erworben werden können. Der Vertretene soll als Pfandnehmer gelten und es wird schwerlich etwas nicht im Sinn der Stelle Liegendes in dieselbe hineingetragen, wenn man annimmt, dass was von der rei obligatio gesagt ist, nach Justinians Absicht auch von der obligatio pigneraticia gelten soll; nämlich dass auch die pigneraticischen Verpflichtungen auf den Repräsentirten, da er nun einmal als Pfandnehmer angesehen wird, „sine aliqua cessione“ übergehen.

Nach unserer modernen Rechtsauffassung ist ausser Zweifel, dass stets der Vertretene die rei obligatio unmittelbar erwirbt, also Pfandgläubiger wird und als Pfandnehmer zu gelten hat. Dass er aber auch jetzt lediglich in seiner Eigenschaft als Pfandnehmer, nicht als Gläubiger oder Pfandgläubiger pigneraticisch verpflichtet ist, ergibt sich aus Nachstehendem.

Nicht nur an Statt des Gläubigers kann der Nichtgläubiger mit der Wirkung pigneraticischer Verpflichtungen in seiner Person ein Pfand nehmen, sondern die Existenz überhaupt eines Gläubigers ist zum Zustandekommen der pigneraticischen Obligationen ebenso entbehrlich, wie dies, ob der vorhandene Gläubiger Pfandgläubiger sei [3]).

Dies folgt schon aus dem Satz, dass die pigneraticischen Obligationen vom Dasein dinglichen Pfandrechtes unabhängig sind. Es muss ja doch offenbar gleichgiltig sein, ob das

---

[3]) Der Repräsentirte kann also beispielsweise (wenn wir uns auf den modernen Stellvertretungsstandpunkt stellen) pigneraticisch verpflichtet werden, ohne dass er, sein Vertreter oder überhaupt irgend Jemand Gläubiger des Verpfänders bezw. derjenigen Person, für welche der Verpfänder die Pfandhingabe vorgenommen hat, ist.

Pfandrecht um desswillen nicht zu Stande gekommen ist, weil eine res aliena verpfändet wurde, oder um desswillen, weil eine Forderung, welche gesichert werden sollte, gar nicht zu Recht bestand. Solchenfalls ist die actio pigneraticia directa auf Restitution des Pfands nata „et nulla solutione facta“ [4]).

b. Der pigneraticisch Verpflichtete ist nicht der gegenwärtige Besitzer der Pfandsache [5]), auch nicht der „Pfandnehmer“ in dem Sinne, als ob ohne Hingabe (wenn gleich durch constitutum possessorium oder brevi manu traditio bewerkstelligter) in den Besitz oder die Detention nie von Pfandnehmer und pigneraticisch Verpflichtetem die Rede sein könnte.

Ebensowenig muss, was die pigneraticischen Obligationen betrifft, der Pfandnehmer, um verpflichtet zu sein, die res pignerata besitzen oder zu irgend einer Zeit besessen haben. Ein Realcontract perficirt sich allerdings immer erst durch die Hingabe und Annahme bezw. durch den Erwerb der dinglichen Pfandklage. Aber das Vorhandensein eines Realcontractes ist, wie wir sahen, kein Erforderniss für das Dasein der pigneraticischen Obligationen [6]).

Nur wenn die Constituirung des Pfands und der pigneraticischen Obligationen durch Faustpfandrealcontract bewerkstelligt worden ist, kann die Person des pigneraticisch Verpflichteten niemand anderes sein, als der erste Pfandbesitzer, qui rem pignori accepit (accipere hier im Sinne körperlicher Entgegennahme gedacht); sobald wir aber vom Faustpfandrealcontract absehen, hat die dermalige oder derzeitige Person des Pfandbesitzers als solche mit pigneraticischen Verpflichtungen nichts zu thun.

---

[4]) Vgl. L. 11 §. 2 D. de pign. act. 13, 7 von Ulpian.

[5]) In L. 4 C. si vendito pign. agatur 8, 29 (30) heisst es zwar ausdrücklich: experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem. Allein unter possessor ist hier der emptor verstanden und wie weit eine Klage etwa gegen diesen zulässig ist, wird unten noch zur Erörterung kommen.

[6]) Viele von Stölzel Arch. f. civ. Pr. Bd. 45 S. 367—369 zusammengestellte kaum misszuverstehende Quellenstellen beweisen dies.

Von Interesse ist hier wiederum die L. 11 §. 6 D. cit. 13, 7. Nunmehr ist ins Auge zu fassen der andere Satz, dessen Einfluss auf die rei obligatio und die pigneraticischen Obligationen dort von Ulpian geprüft wird; nämlich der Satz: per liberam personam possessionem adquirimus. Ulpian legt sich die Frage vor, ob durch die Zulässigkeit der Stellvertretung beim Besitzerwerb nicht Zweifel an der Richtigkeit des von ihm ebendaselbst gewonnenen Resultates: per liberam personam pignoris obligatio nobis non adquiritur, entstehen müssen; ob nicht dadurch geradezu die Möglichkeit des Erwerbs einer rei obligatio für den Vertreter gegeben sei.

Die aufgeworfene Frage wird verneint, denn das Pfandrecht ist eben nicht an den Besitz geknüpft, so wenig wie die pigneraticischen Obligationen. Die letzteren kommen in der Person des Vertreters zu Stande, mag er (Faustpfand) Besitzer sein, oder nicht; also offenbar nicht desshalb, weil, sondern unabhängig davon, ob er die res pignerata übergeben erhalten hat, auch gleichviel, ob durch die Uebergabe ein Faustpfandrealcontract oder, was leicht eintreten kann, eine Hypothek im Sinne der L. 9 §. 2 D. h. t. 13, 7 zu Stande kam. Damit ein Faustpfandrealcontract sich durch die Entgegennahme des pignus von Seiten des Vertreters perficirt, muss derselbe die Forderung in eigenem Namen erwerben und die res pignori data suo nomine als Faustpfandgläubiger besitzen. Erwirbt aber der Vertreter zwar die Forderung in eigenem Namen, detinirt jedoch die ihm für seinen dominus übergebene Pfandsache nomine seines Herrn, so kommt ein Faustpfandcontract nicht zu Stande. Denn der Gläubiger ist nicht quoad interdicta Besitzer, nicht ihm, sondern dem Repräsentirten wurde der Besitz anvertraut, und der Interdictsbesitzer ist nicht Gläubiger. Die datio erfolgte nicht an den Gläubiger, sondern durch Vermittlung des Gläubigers an den dominus; der Gläubiger kommt nicht als Besitzer, sondern nur als Contrahent der Pfandconvention in Betracht und doch ist er die pigneraticisch verpflichtete Person.

Die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch Stellvertreter

ist für den repräsentirten dominus von Werth, sofern derselbe eine rei obligatio bereits erworben hatte. Hier kann der Pfandgläubiger allerdings den Besitz der res pignerata durch Stellvertreter erwerben; aber nicht erst in seiner Eigenschaft als Besitzer haftet er pigneraticisch, sondern der pigneraticisch Verpflichtete war er schon vorher als Pfandnehmer, wenn gleich nicht Faustpfandnehmer. Durch den Besitzerwerb erweitert sich nur der Inhalt seiner pigneraticischen Verbindlichkeiten [7]).

Daher ist jenseits des Pfandrealcontracts nicht der Besitzer der Pfandsache als solcher die pigneraticisch verpflichtete Person. Daraus folgt, dass nimmermehr ein dritter Besitzer der Pfandsache, der weder Pfandnehmer noch Pfandnehmers [8]) Erbe ist, pigneraticisch verpflichtet sein kann. Von irgend welchem Contract zwischen ihm und dem Verpfänder ist keine Rede, das Haben der res pignerata ist aber, wie wir sahen, nach keiner Richtung hin eine an und für sich obligirende Thatsache.

Wichtig ist in diesem Betracht die L. 2 D. de pign. et hyp. 20, 1 von Papinian, die desshalb unverkürzt hierher gehört:

Fidejussor, qui pignora vel hypothecas suscepit atque ita

---

[7]) In allen Punkten anderer Ansicht ist Albert Schmid, der daran festhält, dass „juristischer oder natürlicher Pfandbesitz (=Detention)" in der Person des Pfandnehmers zum Zustandekommen der pigneraticischen Obligationen stets erforderlich ist. Vgl. seine Darstellung Cession I. S. 81 ff.

[8]) Des Pfandnehmers Erbe kann Besitzer sein: normaler Weise ist er es dann, wenn der Erblasser die res pignerata anvertraut erhalten hat; möglicherweise auch dann, wenn der Erblasser sich widerrechtlich in den Besitz des Pfandes gesetzt und also ein furtum (usus) begangen hatte. Jedenfalls ist aber dem Erben nicht die Pfandsache anvertraut worden, selbst wenn sich die Pfandhingabe beim Erblasser durch Faustpfandrealcontract perficirt hatte und desshalb begeht stets der Erbe durch eigenmächtige (widerrechtliche) Besitzergreifung ein furtum. Unter allen Umständen ist er pigneraticisch verpflichtet (während er umgekehrt als Besitzer der rechte Beklagte für die R. V. ist) nur in seiner Eigenschaft als Pfandnehmers Erbe, nicht als Besitznachfolger.

pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet, ceterum judicio, quod de pignore dato proponitur conveniri non potest.

Der die Pfandschuld bezahlende Bürge hat sich die Pfänder aushändigen und die Forderung cediren lassen. Er ist nunmehr Gläubiger und Pfandbesitzer. Belangbar ist er aber nur mit der actio mandati directa auf Herausgabe der Pfandsache (natürlich nach vorausgegangenem Ersatz), nicht aber mit der actio pigneraticia directa. Denn wenn er gleich Gläubiger und Pfandbesitzer ist, so resultirt seine Restitutionspflicht doch lediglich aus dem Mandatsverhältniss zwischen ihm und dem debitor (= Verpfänder). Eine pigneraticische Verpflichtung hat er dem debitor gegenüber durch den Erwerb der Forderung so wenig wie durch die Annahme der Pfandsache übernommen. Ebenso ist zu erklären, L. 31 (32) D. de neg. gest. 3, 5, eine Stelle, die gleichfalls von Papinian herrührt und welche nach der Ansicht von Kohler[9]) sich ursprünglich an L. 2 D. cit. 20, 1 unmittelbar anschloss.

Ein practisches Bedürfniss unabweisbarer Art, dass eine actio in personam auf Restitution auch gegen den Dritten (nicht Pfandnehmer) zulässig sei, kann übrigens für den Fall nicht in Abrede gezogen werden, wenn der Pfandnehmer seiner Pflicht zur Restitution dadurch entronnen ist, dass er, ohne seine Pfandgläubigerdiligenz zu verletzen, die Pfandsache oder sein Pfandrecht weiterbegeben hat[10].)

Denn solchenfalls ist der Pfandnehmer mit der actio pigneraticia directa nicht auf Restitution belangbar[11]); soll desshalb der Pfandgeber überhaupt von Niemandem die Restitution verlangen können?

---

[9]) Pfandr. Forschungen S. 215.

[10]) Vgl. Papinian in L. 40 §. 2 D. h. t. 13, 7.

[11]) Der Pfandnehmer kommt nicht, wie sich alsbald zeigen wird, aus dem pigneraticischen Obligationsnexus überhaupt heraus. Frei ist er nur von der Restitutionspflicht. Diese bliebe bestehen nur dann, wenn er seine Pfandgläubigerdiligenz durch die Weitergabe des Pfands verletzt hätte.

Creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur [12]).

Einen Hauptfall für die Exnexuirung des Pfandnehmers dem Verpfänder gegenüber (in Ansehung der Restitution) bildet die Afterverpfändung.

Ist der pigneraticisch Berechtigte zugleich Eigenthümer, dann liegt die Sache einfach, weil der Eigenthümer einer actio in personam zur Erlangung seiner Sache nach Bezahlung der Schuld gar nicht bedarf; und ebenso liegt es, wenn der erste Verpfänder wenigstens sein publicianisches Recht an der Pfandsache zu beweisen vermag.

Insbesondere hat auch bei der Afterverpfändung, sobald pecunia soluta ist, der zweite Pfandgläubiger kein Recht zu retiniren, nicht etwa eine exceptio aus seinem Pfandrecht. Denn durch die Zahlung hat eben das Pfandrecht auch des zweiten Pfandgläubigers sein Ende erreicht [13]).

Vermag dagegen der pigneraticisch Berechtigte sein Eigenthumsrecht oder auch nur sein publicianisches Recht nicht zu beweisen, bezw. ist der Verpfänder gar nicht Eigenthümer oder publicianischer Besitzer, so fragt sich wie ihm zu helfen ist. Hier ist nun vor allem ein Doppeltes zu constatiren: Eben so sicher wie der Verpfänder gegen den Dritten die actio pigneraticia directa nicht anstellen kann, ebenso sicher bleibt der erste Pfandnehmer dem Verpfänder pigneraticisch verpflichtet. Ob er für Restitution nicht aufzukommen habe,

---

[12]) L. 31 (32) pr. D. de neg. gest. 3, 5.

[13]) L. 40 §. 2 D. h. t. 13, 7. L. 13 §. 2 D. de pign. 20, 1. — In Ansehung der vom Verpfänder anstellbaren Eigenthumsklage ist insbesondere beachtenswerth, dass, qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est (L. 33 §. 4 D. de us. 41, 3 L. 33 §. 6. D. eod und dazu Degenkolb, Platzr. und Miethe S. 181 ff.) und, dass ebenso wie der erste Pfandnehmer natürlich auch der Afterpfandnehmer dem Verpfänder den Usucapionsbesitz fortsetzt. Denn der Afterpfandnehmer repräsentirt den ersten Pfandnehmer (jus repraesentat L. 1 C. si pignus pign. 8, 24) speciell auch in der Ausübung des Besitzes; a. A. Büchel, Erörter. I. Abh. 3 über jura in re und deren Verpfändung S. 396.

hängt lediglich davon ab, ob er (der Pfandnehmer) durch die Weggabe des Pfandes seine Pfandgläubigerdiligenz verletzt hat, oder nicht; und zwar bleibt zutreffendenfalls der Pfandnehmer verpflichtet auf das volle Interesse, das bei der actio pign. directa [14]) nicht weniger als bei der a. pign. contraria [15]) einklagbar ist.

Dass der Pfandnehmer dem Verpfänder pigneraticisch verpflichtet bleibt, versteht sich von selbst. Es handelt sich eben nicht um eine Zustandsobligation nach Art der actio ad exhibendum. Dem Pfandnehmer mag leicht eine Klage gegen den dritten Besitzer des Pfandes auf Herausgabe des Pfandes zustehen, und insofern der pigneraticisch Verpflichtete jedenfalls zur Cession dieser seiner Klage an den Verpfänder mittelst der actio pigneraticia directa verpflichtet ist [16]), kann allerdings auf diesem indirecten Wege zu einer persönlichen Klage, die der Verpfänder gegen den dritten Besitzer anstellt, gelangt werden [17]). Und ferner wissen wir aus L. 8 C. ad exh. 3, 42, dass wenn der Pfandnehmer in der Art commodirte oder deponirte, dass der Depositar bezw. Commodatar die Pfandsache dem Verpfänder zurückgeben sollte, der erste Verpfänder mit einer actio utilis gegen den Commodatar bezw. Depositar ausgerüstet wird.

Weiterhin ist für das vorjustinianische Recht daran zu erinnern [18]), dass bei Mobiliarpfändern der Verpfänder in vielen Fällen kraft der sogenannten recuperatorischen Function des interdictum utrubi [19]) die pignorirte Sache auch von Dritten herausverlangen konnte.

Hier ist die nachstehende Stelle von Scaevola (L. 14 §. 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3) von Interesse:

---

[14]) L. 5 C. h. t. 4, 24 „quanti debitoris interest condemnari debet." L. 43 pr. i. f. D. h. t. 13, 7, „in id quod interest cum creditore agi potest."

[15]) L. 54 D. de fidej. „in quam actionem veniet, quod interest creditoris."

[16]) L. 27 D. h. t. 13, 7.

[17]) L. 5 §. 12 D. commodati 13, 6.

[18]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 207.

[19]) Vgl. darüber Savigny, das R. d. Besitzes 7. Aufl. S. 417 ff.

Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pigneravi, meus creditor utetur accessione tui temporis tam adversus extraneum quam adversus te ipsum, quamdiu pecuniam mihi non exsolveris: nam qui me potior est, cum ego te superaturus sim, multo magis adversus te optinere debet. Sed si pecuniam mihi solveris, hoc casu accessione tua non utetur.

Der Afterpfandnehmer kann sich sowohl den Besitz des ersten Verpfänders als den Besitz des ersten Pfandnehmers anrechnen. Aber nur so lange als die Pfandschuld nicht getilgt ist. Wenn die Schuld bezahlt worden ist, hört die Möglichkeit der Anrechnung des Besitzes auf. Potior interdicto ist jetzt nicht mehr der Afterpfandnehmer, sondern der Verpfänder. Denn zum Sieg beim interdictum utrubi genügt die possessio majoris anni partis; es wird nicht noch weiter gegenwärtiger Besitz erfordert.

Allein selbst für das vorjustinianische Recht hilft die recuperatorische Function des interdictum utrubi nicht durchgreifend.

Eine persönliche Klage gegen den Dritten (nicht Pfandnehmer) scheint dagegen dem Verpfänder zugebilligt worden zu sein in L. 2 C. si pignus pignori 8, 23 (24) vom Jahr 290.

Diocletianus et Maximianus Gemello. Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, non ven- didit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri poteris eam soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare.

Es ist gar nicht zu leugnen, dass hier von einer persönlichen Klage auf Restitution die Rede ist. Denn Gemellus hat nur zu beweisen (examinata fide veri) den Afterpfandcontract zwischen dem ersten Pfandnehmer und dem Beklagten (dem jetzigen Besitzer); nirgends ist davon die Rede, dass dem Gemellus etwa der Beweis seines Eigenthums oder publicianischen Rechts zugemuthet würde.

Dieser Restitutionsanspruch persönlicher Art steht zu einem gewissen Gemellus, der den Verpfänder beerbt hat,

gegen den im Besitz des verpfändeten Grundstückes befindlichen Afterpfandgläubiger; also dem Universalsuccessor des pigneraticisch Berechtigten wird eine persönliche Klage gegeben gegen den Singularsuccessor des pigneraticisch Verpflichteten (ursprünglichen Pfandnehmers). Das Klagfundament bildet scheinbar lediglich die Behauptung, dass der jetzige Besitzer der Pfandsache dieselbe vom ersten Pfandnehmer (der dem Kläger pigneraticisch verpflichtet ist) zu Afterpfand erhalten habe.

Schon hieraus folgt, dass auch diese Stelle entfernt nicht die dem Kläger gegen den ersten Pfandnehmer zustehende actio pigneraticia directa auch gegen den Afterpfandgläubiger, also einen dritten Besitzer der Pfandsache, zulässt [20]).

Die Klage, von der die Rede ist, ist vielmehr keine andere, als die actio utilis, welche in L. 8 C. ad. exh. 3, 42 erwähnt wird, bezw. eine analog zu construirende Klage.

Nur ist fraglich, wie sich in unserer L. 2 C. cit. ohne ausdrücklichen Rückgabevorbehalt zu Gunsten des ersten Verpfänders der diesem Letzteren zugestandene persönliche Anspruch gegen den Afterpfandgläubiger erklären lasse.

Es darf sich hier gewiss nicht mit vielen Aelteren auf die Regel berufen werden, dass da, wo eine gesetzliche Pflicht zur Cession vorhanden sei, die Forderung unmittelbar ohne Cession als übergegangen gelte [21]); denn dies ist eine falsche Regel [22]), die überdies, soferne wir bei L. 2 C. cit. jeden

---

[20]) Vgl. auch Ihering, Geist III, 1 S. 181 Anm. 29 . . . „Der Besitzer als solcher hat keinen obligatorischen Anspruch gegen den Eigenthümer und dieser nicht gegen ihn, letzterem bleibt nichts übrig, als die Sache von ihm zu vindiciren.“ Das monströse einer Erweiterung der actio pigneraticia in subjectiver Richtung ist ja einleuchtend und längst erkannt vgl. z. B. G. Ph. G. Fresenius, de pigneraticia actione adversus tertium rei oppigneratae possessorem non competente. Diss. inaug. Heidelb. 1818 pag. 9. „Obligari quempiam ex contractu, quem non inivit, monstro simillimum est.“

[21]) Vgl. noch Molitor, les obligations tom. III. p. 91.

[22]) Vgl. statt Aller Windscheid, Pand. §. 330, Anm. 12.

Gedanken an eine cedirte Klage abweisen zu müssen glauben, nicht zum Ziel führen würde.

Wohl aber wird auch diese Schwierigkeit beseitigt durch die Erwägung, dass die vermisste Abrede der Rückgabe soluta pecunia an den Verpfänder in der Contrahirung eines Afterpfandrechtes als solcher stillschweigend offenbar stets vorhanden ist. Immer muss es sich aber um einen wirklichen Afterpfandvertrag handeln, wodurch dem Afterpfandgläubiger die Geltendmachung der Forderung seines Verpfänders und die Ausübung des dafür bestellten Pfandrechts verschafft werden soll.

Nicht jede Seitens des ersten Pfandnehmers vorgenommene Pfandhingabe der res pignerata ist jedoch wirkliche Afterverpfändung. Sie ist es z. B. dann nicht, wenn der verpfändende Pfandgläubiger dem Pfandnehmer die Qualität der Pfandsache als einer res pignerata böswillig verschweigt. Dann will er ja gerade sich selbst als einzigen Interessenten an der Restitution hinstellen. Solchenfalls kann der Pfandnehmer mit der actio pigneraticia contraria den Verpfänder belangen auf Bezahlung des Interesses, welches er (der Pfandnehmer) daran hat, dass ihm kein primäres Pfandrecht verschafft worden ist, wie er doch anzunehmen berechtigt war; dagegen ist nicht ohne weiteres auch ein persönlicher Anspruch des ersten Verpfänders gegen den Aftergläubiger gegeben.

Wie L. 2 C. cit. si pign. pignori 8, 24 ist auch zu verstehen cap. 6 X de pign. 3, 21. Der erste Verpfänder erlangt die res pignerata vom Afterpfandgläubiger vermittelst einer zweifellos persönlichen Klage „si legitime probavit quod possessiones ipsae pignoris titulo fuerunt obligatae.“

So wenig wie in L. 2 C. cit. 8, 24 ist in cap. 6 X de pignoribus 3, 21 eine Andeutung davon enthalten, dass dem Kläger der Beweis von Eigenthum oder publicianischem Recht zugemuthet würde. Auch hier genügt vielmehr der Nachweis der Thatsache, dass der jetzige Besitzer die Sache als Afterpfand vom ersten Pfandnehmer erhalten habe.

Die Klage des ersten Verpfänders gegen den Afterpfand-

nehmer ist genau ebenso juristisch zu construiren, wie die in der besprochenen Codexstelle zugebilligte Klage[23]); es ist eine selbstständige persönliche Klage, welche ohne Cession oder Mandat aus dem Afterverpfändungscontract als solchem für den ersten Verpfänder erwächst, ganz analog der in L. 8 C. ad exhibendum 3, 42 statuirten actio utilis[24]).

Von jeher war über die rechtliche Natur der hier in Frage stehenden Klage viel Streit. Noch in neuerer Zeit wird häufig die Ansicht vorgetragen, als handle es sich in beiden Stellen (der L. 2 C. cit. und dem cap. 6 X cit.) gar nicht um eine persönliche, sondern lediglich um eine dingliche Klage (rei vindicatio bezw. actio Publiciana)[25]). Aber es wird, wie wir sahen, auf diese Weise etwas in die Stellen hineingetragen, was nicht in denselben steht, und überdies würde diese Auffassung zu einem practisch ganz unerträglichen Resultat führen. Noch weniger ist aber älteren Schriftstellern zuzustimmen, welche von einer actio pigneraticia directa de aequitate canonica in rem scripta sprechen; als ob die dem Verpfänder gegen den ersten Pfandnehmer zustehende actio pigneraticia directa durch das canonische Recht ausgedehnt worden wäre zu einer actio in rem scripta![26]) Aber

---

[23]) Schmid, Cession I. S. 446 f. versteht in beiden Fällen die dem ersten Verpfänder gegen den Afterpfandgläubiger zustehende Klage als die ihm vermittelst fingirter Cession übertragene actio pigneraticia directa des verpfändenden Pfandnehmers gegen den Afterpfandgläubiger. Mit Unrecht wird Dernburg, für diese Ansicht angerufen, der vielmehr (ohne fingirte Cession) den ersten Verpfänder „direkt" (Pfd. I. S. 155) aus dem Afterpfandvertrag gegen den Afterpfandnehmer klagen lässt.

[24]) Vgl. namentlich P. Ph. G. Fresenius, de pigneraticia actione adversus tertium rei oppigneratae possessorem non competente Diss. inaug. Heid. 1818, woselbst in cap. I. „referuntur sententiae aliorum" und in cap. III (p. 12—23) „examinantur sententiae adversariorum."

[25]) Molitor, les obligations en droit Romain tome III. p. 91. Glück, Bd. 14 S. 164.

[26]) Negusantius, de pign. et hyp. part. 7 membr. 2 n. 2. n. 20 Lugduni 1562 pag. 482. 492 sqq. vgl. dagegen Bachovius, de pign. lib. V. cap. 19 n. 1 sqq.

auch von einer condictio ex canone zu sprechen ist ganz verfehlt[27]). Denn es fehlt an Constructionsmitteln für diese obligatio und diese actio im vorhandenen Recht keineswegs; es ist falsch anzunehmen, wie beispielsweise Stryk[28]) will, dass diese persönliche Klage gegen den dritten Pfandbesitzer erst durch cap. 6 X de pignoribus 3, 21 erfunden und eingeführt worden sei.

Ebenso wie bei der Afterverpfändung der erste Verpfänder regelmässig mit einer persönlichen Klage gegen den Afterpfandnehmer ausgerüstet wird und zwar mit einer persönlichen Klage, welche direct aus dem Afterpfandvertrag resultirt, so muss es sich auch verhalten, wenn der Pfandnehmer bezw. Pfandgläubiger seine Pfandforderung cedirt und dem Cessionar die Pfandsache übergeben hat. Auch hier wird der Schuldner nach Bezahlung der Schuldsumme (bezw. Satisfaction u. s. f.) eine selbständige persönliche Klage gegen den besitzenden Cessionar auf Restitution der Pfandsache haben. Denn soferne die Cession der Pfandforderung offen vorgenommen, und daher auch die Pfandsache als solche dem Cessionar übergeben worden ist, darf wohl hier ebensogut wie bei der Afterverpfändung gesagt werden, dass in dem Abschluss eines solchen Geschäfts nach der ganzen Natur desselben die stillschweigend getroffene Verabredung der Rückgabe des Pfandes (soluta pecunia) an den Verpfänder (und nicht an den ersten Pfandnehmer) enthalten ist. Daher wird Dernburg beizustimmen sein, der dem Verpfänder nach Analogie der L. 8 C. ad exhibendum und der L. 2 C. si pign. pign. auch gegen den Cessionar, welchem die Pfandsache übergeben worden ist, eine persönliche Klage (actio venditi utilis?) zubilligt[29]).

Nicht ganz gleiche Bewandtniss wie mit der Afterverpfändung und der Cession hat es mit der Delegation, bei welcher zugleich novirt wird.

---

[27]) Citate bei Glück, a. a. O.

[28]) „Cum jure canonico hic nova obligatio sit introducta" usus modern. ad h. t. §. 11.

[29]) Pfdr. I. S. 156.

Durch die Novation erlischt ja das Pfandrecht; die res pignerata, welche dem Delegatar übergeben wird, ist daher gar nicht mehr obligirt. Wie soll der Delegant, der selbst keine res obligata hat, die vom Pfandnexus gelöste Sache, durch die Hingabe wiederum obligiren können? Ebensowohl eine rei obligatio als pigneraticische Obligationen müssen daher vom Delegat und Delegatar erst aufs neue constituirt werden; insbesondere kann die Möglichkeit einer Anstellbarkeit der dem Delegat gegen den Deleganten vormals zustehenden actio pigneraticia directa nunmehr mit der Richtung gegen den Delegatar, gar nicht in Betracht kommen.

Auch beim Pfandverkauf ist dem Verpfänder lediglich der Pfandnehmer pigneraticisch verpflichtet, nicht der Verkäufer als solcher oder der Käufer.

Fassen wir zunächst den Verkäufer ins Auge. Er ist als solcher nicht pigneraticisch verpflichtet. Zwar ist dem Verpfänder der Pfandnehmer, falls er durch einen Dritten verkaufen lässt, pigneraticisch zur Cession seiner Klage gegen diesen Dritten verpflichtet (arg. L. 20 [21] D. de neg. gest. 3, 5 tu mihi . . . teneris, ut actiones tuas praestes). In eine obligatorische pigneraticische Beziehung zum Verpfänder ist aber der Dritte dadurch, dass er den Verkauf vorgenommen hat, nicht getreten. Der Verpfänder kann sich direct nur an seinen Contrahenten, den Pfandnehmer, halten, welcher ihm ausser zur Cession der ihm gegen den Verkäufer zustehenden Klage auch verpflichtet ist zur (pigneraticischen) Culpaprästation in eligendo: sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti neglegentia ejus fecit, tu mihi praestes (L. 20 §. 3 D. cit. de neg. gest. 3, 5).

Aber auch nicht der Käufer als solcher ist dem Verpfänder pigneraticisch obligirt. Daher hat der Verpfänder niemals direct gegen den Käufer eine persönliche Klage (actio pigneraticia directa) auf die Hyperocha; er kann sich nur die actio venditi des Pfandnehmers, der sein Distractionsrecht ausgeübt hat, cediren lassen (L. 24 §. 2 D. h. t. 13, 7). Auch wird sich der Käufer durch Bezahlung der Hyperocha

an den Verpfänder, seinem Gläubiger (dem Verkäufer) gegenüber häufig liberiren, soferne er nur durch die Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers die negotia des letzteren gerirt hat (L. 6 D. de doli m. exc. 44, 4).

Leicht kann dies aber auch nicht der Fall sein, und der Verkäufer die Zahlung gerade an ihn selbst und nicht an den Verpfänder wollen. Man denke daran, dass der Verkäufer (Pfandgläubiger) wegen chirographarischer Forderungen ein Retentionsrecht bezw. Compensationsrecht an der Hyperocha hätte ausüben können, oder die Hyperocha an den Nachhypothecar herauszugeben war.

Solchenfalls kann natürlich von einer den Käufer liberirenden Bezahlung an den Verpfänder die Rede nicht sein.

Der Verkäufer, soferne er selbst an der Abführung des Kaufpreises an den Schuldner, Verpfänder oder Nachhypothekar interessirt ist, kann sich schon nach römischem Recht vom Käufer versprechen lassen, dass letzterer die Hyperocha an den Nachhypothekar, Schuldner oder Verpfänder direct bezahle. Ob diese Drittgläubiger (in Beziehung auf die Hyperocha) auch ohne Cession gegen den Promittenten klagen können, scheint schon für das römische Recht arg. L. 13 pr. D. h. t. 13, 7 nicht verneint werden zu können, heutzutage steht solchenfalls einer Klage des Drittgläubigers gegen den Promittenten keinerlei Hinderniss entgegen. Auf die Natur der Klage braucht aber hier um desswillen nicht eingetreten zu werden, weil so viel ganz ausser Zweifel ist, dass wir uns hier vollständig ausserhalb des pigneraticischen Obligationsnexus befinden.

Nicht der Verkäufer als solcher oder der Käufer ist beim Pfandverkauf pigneraticisch verpflichtet, sondern der Pfandnehmer.

Dies wird denn auch ganz ausdrücklich hervorgehoben. In einem Rescript von Gordian aus dem Jahr 238 [30]) heisst es: si quid in ea re (gemeint ist die Pfanddistraction) frau-

[30]) L. 7. C. de distr. 8, 27 (28).

dulenter fecerit, non emptor a te sed creditor conveniendus sit, und ähnlich wird von Diocletian und Maximian im Jahr 294 [31]) rescribirt: successor ejus (sc. creditoris) de superfluo [32]), non emptoris heres, qui rem possidet, conveniendus est.

Merkwürdig ist nun aber, dass sich trotzdem im tit. C. si vendito pignore agatur 8, 29 [30] eine Reihe von Stellen vorfindet, welche eine persönliche Klage dem Verpfänder auch gegen den Käufer zulassen.

Dahin gehört L. 1 §. 1 C. h. t. „restituere tibi fundum ... emptorem praeses provinciae aditus jubebit"; ferner

L. 3 C. eod. „jubebit emptores ... restituere servos", und L. 4 C. eod. „experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem" [33]).

Ehe wir fragen, um welche Klage, die vom Verpfänder direct gegen den Käufer gerichtet werden kann, es sich handle, muss eine doppelte Eigenthümlichkeit der hier in Frage stehenden Klage festgestellt werden.

Sie ist nicht zulässig gegen jeden Käufer und ebensowenig ist sie statthaft bei jedem Verkauf, den der Pfandnehmer vorgenommen hat.

Sie ist nicht zulässig gegen jeden Käufer, sondern kann unzweifelhaft nur gegen den malae fidei emptor angestellt werden, und selbst gegen diesen nur beschränkt.

Das Erforderniss der mala fides in der Person des Käufers wird bewiesen durch

L. 1 C. cit. v. v. „Si probatum fuerit emptorem mala fide emisse ... malae fidei emptorem jubebit (restituere)"; und

---

[31]) L. 5 C. si vendito pign. 8, 29 (30).

[32]) Vgl. hiezu E. Chr. Westphal, Vers. e. syst. Erläuterung der sämmtl. röm. Gesetze vom Pfandr. 3. Aufl. 1800 §. 220 „superfluum ist hier nicht das, was sonst hyperocha heisst, sondern was das Pfandstück mehr werth gewesen wäre als es verkauft ist, wenn der Gläubiger ehrlich zu Werke gegangen wäre."

[33]) i. e. emptorem vgl. Bas. XXV, 7, 48 (L. 4 C. cit.) ἀλλὰ (καὶ) κατὰ τοῦ ἀγοραστοῦ (sed etiam adversus emtorem) Heimb. III. p. 88.

L. 4 C. cit. „si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris.“

L. 3 C. cit. hebt zwar das Erforderniss der mala fides des Verkäufers nicht ausdrücklich hervor, sagt vielmehr nur, dass der Verkauf „per gratiam“ zu billig erfolgt sei [34]), aber keinesfalls ist die Stelle geeignet, Denjenigen zur Stütze zu dienen, welche dem Verpfänder auch eine Klage gegen den gutgläubigen Käufer zubilligen [35]). Vielmehr muss arg. L. 1 und 4 C. citt. [36]) das Erforderniss der mala fides subintelligirt werden, zumal in L. 3 C. cit. selbst durch die Worte „per gratiam“ nicht undeutlich ausgedrückt ist, dass wirklich diese Stelle nur für den Fall der Mitschuld des Käufers diesen dem Verpfänder verantwortlich machen will [37]).

Aber selbst gegen den bösgläubigen Käufer ist die Klage nicht unbeschränkt zulässig, sondern nur in subsidium: für den Fall, dass vom Verkäufer (Pfandnehmer) nichts zu holen ist. Die Insolvenz des letzteren wird häufig nur dadurch zu erweisen sein, dass die Klage zunächst gegen ihn durchgeführt und ohne Erfolg exequirt worden ist. Davon geht L. 1 C. cit. 8, 30 („si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit“ und wohl auch L. 3 C. cit. 8, 30 („si probaverit eum solvendo non fuisse“) aus. Nicht aber hat der emptor unter allen Umständen das Recht Vorausklagung des Pfandnehmers zu verlangen. Vielmehr ist der Käufer dem Verpfänder ersatzpflichtig, sobald für den Verpfänder der gänzliche Verlust seiner Forderung dem Pfandnehmer gegenüber auf dem Spiel steht oder die Vorausklagung des Pfandnehmers eine notorisch aussichtslose ist, so dass der Verpfänder in der

---

[34]) Ebenso die Basiliken XXV, 7, 47 (Heimb. III. p. 88) πρὸς χάριν τοῦ ἀγοραστοῦ (in gratiam emtoris). Dagegen denkt schon die Glosse ad verb. emtores diese als „fraudis participes“.

[35]) Vgl. die bei Dernburg, Pfandr. II. S. 153 Anm. 4 angeführten Schriftsteller.

[36]) Vgl. auch L. 5 C. eod.

[37]) Vgl. Dernburg, Pfandr. II. S. 154.

Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Käufer lediglich aufgehalten würde (arg. Nov. 4 cap. 1. 2).

Hat sich aus dem bis jetzt Vorgebrachten ergeben, dass die Klage nur gegen den bösgläubigen Käufer für den Fall der Insolvenz des Pfandnehmers zulässig ist, so wird nunmehr noch eine zweite Eigenthümlichkeit unseres Klagmittels ins Auge zu fassen sein.

Nicht bei jedem Verkauf, den der Pfandnehmer vorgenommen hat, wird der bösgläubige Käufer dem Verpfänder verantwortlich, sondern nur bei solchen Verkäufen, welche dolos vom creditor vorgenommen worden sind.

Dies wird bewiesen durch folgende Stellen:

L. 1 pr. C. cit. „si probatum fuerit tuum creditorem ... dolo malo fundum vendidisse.“

L. 3. C. cit. Denn in dem „per gratiam“ ist unzweideutig der dolus auf Seiten des Verkäufers angedeutet.

L. 4 C. cit. „si fraudem eum participasse cum creditore potueris docere.“

Denn wenn der Verkäufer (creditor) selbst gutgläubig und nur der Käufer bösgläubig war, so kann er zwar immer noch wegen Verletzung seiner Diligenz seinem Verpfänder gegenüber pigneraticisch sich verantwortlich gemacht haben [38]). Jedenfalls wird er ihm zur Cession der ihm gegen den bösgläubigen Käufer zustehenden Kaufklage verpflichtet sein. Diese wird aber auch, für den Fall, dass der Verkäufer sich in gutem Glauben befand, vollständig ausreichend sein, während dieselbe dem Verpfänder dann werthlos sein muss, wenn der Verkäufer mit dem dolosen Käufer unter einer Decke steckt, wenn er an der fraus participirt hat.

Nachdem nunmehr festgestellt ist, dass unsere Klage nur zulässig ist gegen den Käufer, wenn derselbe und der creditor beim Kaufabschluss bösgläubig waren, und überdies der letztere insolvent ist, kann an die bis jetzt ausgesetzte Beantwortung der Frage gegangen werden, was für eine Klage

---

[38]) Denn optima fide kann Jemand sehr negligent sein.

es sei, um welche es sich in den angeführten Codexstellen handelt.

Ueber die Natur der Klage ist seit jeher Streit[39]). Eine actio pigneraticia directa ist es jedenfalls nicht, denn Verpfänder und Käufer haben nicht mit einander contrahirt, und die Verpflichtungen des letzteren sind keine pigneraticischen, sondern haben ihren Ursprung lediglich in dem mit dem creditor abgeschlossenen Kaufgeschäft.

Ebensowenig kann gedacht werden an eine rei vindicatio oder utilis rescissoria actio in rem, die doch nicht abhängig gedacht werden könnte von dem Vorhandensein von mala fides und Insolvenz, vielmehr schlechtweg gegen Jeden, qui habet restituendi facultatem, insbesondere also auch gegen den Singularsuccessor des Käufers, müsste angestellt werden können. Davon ist aber keine Rede. Der creditor wird gedacht als Jemand, „cui jus distrahendi pignora fuit“[40]); daher ist der Pfandverkauf nicht nichtig, und der Gedanke an eine rei vindicatio ist von vornherein abzuweisen.

Der Umstand, dass es sich um ein Rechtsmittel handelt, das offensichtlich nur zulässig sein soll gegen die Person des Betrügers selbst, spricht aber auch gegen die Annahme einer in integrum restitutio. Denn die i. i. r., auch wegen dolus, ist nicht nur in personam, sie kann auch gegen den dritten Besitzer gehen. Anders die doli actio, welche als actio in personam nur zulässig ist gegen Denjenigen, welcher sich durch dolus verantwortlich gemacht hat.

Als actio doli wird daher wohl in der That am richtigsten mit Dernburg[41]) und Windscheid[42]), die hier in Frage stehende Klage aufgefasst. Dass dieselbe als solche nur zwei Jahre lang auf das volle Interesse und gegen die Erben des

[39]) [illegible] Glosse [illegible]

[40]) [illegible]

[41]) [illegible]

[42]) [illegible]

Käufers stets nur auf die Bereicherung geht, kann auffallen, soferne dem Verpfänder in Folge dieser Beschränkungen unter Umständen nicht voller Ersatz zu Theil wird. Allein es ist doch immer daran festzuhalten, dass er sich zunächst an seinen Contrahenten, den Pfandnehmer halten muss; für den Fall, dass er von diesem nichts bekommt, bleibt aber in der That für einen gegen den Käufer zu richtenden Anspruch kein anderer Gesichtspunkt übrig, als der der actio doli [43]). Auf die Ursache der in dieser actio doli liegenden Beschränkungen ist aber kein Anlass hier einzutreten.

Auch der Nachhypothekar hat wie der Verpfänder, für den Fall, dass der erste Pfandgläubiger insolvent ist und den Verkauf des Pfands dolos an einen bösgläubigen Käufer vorgenommen hat, eine Klage gegen den Käufer. Aber es ist dies keineswegs die actio pigneraticia directa des Verpfänders, welche der Nachhypothekar, weil der Verpfänder ihm diesen seinen eventuellen Anspruch bei der Bestellung der Nachhypothek mitverpfändet hat, nach dem Verkauf des Pfandes anstellen kann. Denn diese dem Nachhypothekar mitverpfändete actio pigneraticia directa geht selbstverständlich nur gegen Denjenigen, welcher dem Verpfänder pigneraticisch verpflichtet ist, also den ersten Pfandnehmer. Die Klage des Nachhypothekars ist vielmehr genau dieselbe, welche der Verpfänder anstellen kann; sie steht ihm zu aus dem Grunde, weil er in Ansehung der Hyperocha überhaupt alle Rechte des Verpfänders ausübt.

Ganz ohne Cession (effectuirte oder „fingirte“) steht die actio pigneraticia directa dem ersten Verpfänder dann gegen den zweiten Pfandgläubiger zu, wenn der erste Pfandnehmer die verpfändete Sache Namens und im Auftrag des ersten Verpfänders weiter verpfändet hat. Denn hier kommen, ge-

---

[43]) Soferne man nämlich sich an die Voraussetzungen des fraglichen Klagmittels, wie solche in L. 1. 3. 4 C. citt. hervorgehoben werden, hält, und nicht neue Voraussetzungen subintelligirt, oder von Voraussetzungen, welche in diesen Stellen ausdrücklilh angeführt sind, absieht.

mäss unseres modernen Stellvertretungsrechts zweifellos die pigneraticischen Verpflichtungen direct zwischen dem ersten Verpfänder und dem zweiten Pfandgläubiger zu Stande, sie haben miteinander contrahirt, eine Afterverpfändung liegt gar nicht vor, der zweite Pfandgläubiger erhält vielmehr ein Pfandrecht nicht an der durch Pfandrecht geschützten Forderung des ersten Gläubigers, sondern ein neues, zweites Pfandrecht an der Pfandsache (sog. Nachhypothek). Dieses kann aber nur der Eigenthümer (erste Verpfänder), nicht der erste Pfandgläubiger bestellen. Der Eigenthümer ist daher Derjenige, qui rem pignori dedit; ihm haftet desshalb auch der Nachhypothekar mit der actio pigneraticia directa, nicht als dritter Besitzer, sondern weil er bei Abschliessung des pactum hypothecae der eine Contrahent war. In dem letztbesprochenen Fall handelt es sich demzufolge um die vollständig normal fungirende actio pigneraticia directa. Ein specieller hieher gehöriger Fall ist die Verpfändung der Illaten des Aftermiethers; nur dass hier keine Nachhypothek, sondern („stillschweigend" erfolgte) gleichzeitige Verpfändung dieser Illaten Seitens des Aftermiethers sowohl an den sublocator als an den ersten Vermiether in Rede steht[44]).

c. Die Person des pigneraticisch Verpflichteten ist Niemand anderes als der Pfandnehmer, qui rem pignori accepit; ganz gleichviel, ob die Pfandconstituirung sich als Realcontract durch körperliche Hingabe perficirt hat, oder ob die durch pactum hypothecae obligirte res nachträglich dem creditor übergeben worden ist; um ihn zum pigneraticisch Verpflichteten zu machen genügt, dass ihm eine res obligata bezw. eine res pignori data ist, ohne Rücksicht darauf, ob ein Pfandrecht durch diese datio, die keineswegs nothwendig als körperliche Besitztradition zu verstehen ist, zu Stande gebracht wurde.

Auch dem bösgläubigen Verpfänder gegenüber ist der Pfandnehmer pigneraticisch verpflichtet und selbst wenn beide

[44]) L. 11 §. 5 D. h. t. 13, 7.

gegeben worden sei, kommen doch die pigneraticischen Obligationen zu Stande[45]).

Letztere fallen nur dann weg, wenn eine Pfandconvention gar nicht mehr vorhanden und desshalb auch nicht von ex pacto erwachsenen Obligationen die Rede sein kann. Also beispielsweise, wenn der Verpfänder wahnsinnig oder ein Kind ist[46]).

Pigneraticisch verpflichtet sind selbstverständlich auch die Erben des Pfandnehmers[47]), und zwar ist die actio pigneraticia directa gegen Miterben allgemeinen Grundsätzen zufolge zu richten nach dem Verhältniss ihrer Erbportionen. Jedoch muss der Verpfänder arg. L. 3 §. 3 u. L. 17 §. 12 D. commodati 13, 6 auch von Einem Miterben die Restitution der ganzen Pfandsache verlangen können, si forte habeat Theile darüber einig sind, dass eine res aliena zum Pfand facultatem totius rei restituendae; und für den Fall der verweigerten Restitution wird der Beklagte in solidum condemnirt.

Dass der Pfandnehmer als solcher der pigneraticisch Verpflichtete ist, dies beweist auch L. 11 §. 6 D. h. t. 13, 7, wo gesagt ist, dass die actio pigneraticia directa anzustellen ist gegen den die res pignerata entgegennehmenden Tutor bezw. Procurator. In L. 21 D. de pign. 20, 1 ist allerdings gesagt, dass quasi inter me et colonum convenisse videtur, wenn mein Procurator mit meinem Auftrag (oder Ratihabition) eine Verpfändung der Illaten meines Colonen vornahm. Allein

---

[45]) Böser Glaube ist dadurch, dass die Parteien wissentlich eine res aliena zum Pfand geben, noch nicht nothwendig gegeben. Sie dürfen darüber einverstanden sein, dass Pfandrecht nicht zu Wege gebracht werde und sich begnügen bei den persönlichen pigneraticischen Verpflichtungen. Anders, wenn die Pfandconvention wegen dolus anfechtbar ist. Letzterenfalls ist von pigneraticischem Obligationsnexus keine Rede, weil ein klagbarer contractus pigneraticius gar nicht zu Stande kam.

[46]) L. 25 D. de pign. 20, 1.

[47]) L. 5 C. si vend. pign. 8, 29 (30), L. 12, L. 49 D. de O. et A. 44, 7, L. 7 §. 1 D. depos. 16, 3. — Für das pignus praetorium vgl. L. 9 §. 7 D. de reb. auct. 42, 5.

diese Anomalie erklärt sich einfach genug dadurch, dass es sich hier um ein pignus, quod tacite contrahitur, handelt, welches dem Verpächter nicht weniger direct zu Gute kommen muss, wenn er dasselbe durch einen Stellvertreter ausdrücklich constituiren liess. Der Pfandnehmer und pigneraticisch Verpflichtete ist solchenfalls natürlich der verpachtende dominus.